كتاب الإيضاح

تأليف العالم العلامة

الشيخ عامر بن علي الشماخي

رحمه الله

مع حاشية عليه

تأليف الإمام العالم العلامة

محمد بن عمر أبو ستة القصبي النفوسي

رحمه الله

الجزء الرابع

الطبعة الخامسة

١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشركة

والشركة على ثلاثة أوجه : شركة مضاربة ، وشركة عنان ، وشركة مفاوضة ، أما شركة مضاربة فجائزة باتفاق ، وجواز ذلك بالسنة ، ولولا الإتفاق على جوازها لم تجز ، لأنها أجرة غير معلومة وهي ضرب من الإجارة ، وصفتها أن يعطي الرجل لرجل المال على أن يتّجر به على جزء

كتاب الشركة

قوله : أما شركة مضاربة ، الأولى تعريف المضاربة لتكون عين المتقدمة لأن القاعدة في النكرة ، إذا أعيدت نكرة كانت غير .

قوله : مضاربة ، قال شيخنا رحمه الله : هي لغة أهل العراق، والقراض لغة أهل الحجاز ، واشتقاق المضاربة من الضرب في الأرض ، وهو قطعها بالسفر ، لأن أهل مكة كانوا يدفعون أموالهم للعمال ، يسافرون بها ابتغاء الربح ، ثم لزمه هذا الإسم ، وإن لم يسافر العامل . واشتقاق القراض من القرض وهو القطع ، لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من ربحه ، وقيل: من المساواة، يقال : تقارض الشاعران ، إذا تساويا فيما أنشداه انتهى . وكأنه أراد أن العامل ورب المال تساويا في الربح ، يعني غالباً .

قوله : وهي ضرب من الإجارات، يؤخذ منه إذا صدر عقد المضاربة بينهما

معلوم يأخذه العامل من ربح المال ، أيّ جزء كان مما يتفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً أو ما أشبه ذلك ، وإن ضارب على ربح نصف المال أو ربح مائة درهم من رأس المال فذلك جائز ، وإن قال : لك ربح هذه المائة بعينها أو ربح هذا النصف بعينه ، فقد قيل إن هذا ينتقض لأنه ربما لا يربح في ذلك النصف أو المائة شيئاً ولا ضمان على المضارب فيما هلك من رأس المال ، لأن حكمه عندهم حكم الأمين ما لم يتعدّ ، وأما محله

ودفع له المال وشرع في شراء أمتعة التجارة ، ليس لأحدهما الرجوع حتى يتم ما اتفقا عليه والله أعلم فليحرر .

قوله : وصفتها أن لا يعطي الخ . هذا تعريف للمضاربة بالمعنى الشرعي ، فتصدير الحد بقوله : أن يعطي الرجل المال ، أبطل المضاربة بما في الذمة وبالعروض كما سيأتي ، لأن المتبادر من المال ، الدنانير والدراهم ، وقوله : أن يتجر به ، أخرج الوديعة مثلاً. في قوله : على جزء معلوم ، أخرج الوكيل والعبد المأذون له في التجارة ، إلا أن في قوله : أن يعطي ، مسامحة لأن المضاربة إسم للعقد المقتضي للإعطاء ، لا نفس الإعطاء والله أعلم .

قوله : فذلك جائز ، يعني خلافاً لمن منع ذلك كالشافعي ، وإنما جاز لأنه كمن اشترط نصف ربح الجميع ، وكذلك في ربح المائة ، إذا كانت غير معينة كأن يكون ثلاثة مائة مثلا ، فإنه بمنزلة من اشترط ثلث فائدة الجميع كما هو ظاهر .

ففي الدنانير أو الدراهم بالوزن لقوله عليه السلام: (لا قراض إلا بعين)[1] واختلفوا في المسكك من الذهب والفضة بالوزن ، وأما بغير الوزن فلا ، وكذلك الأمتعة والثياب وجميع الحبوب فلا يجوز به لما ذكرنا عن النبي عليه السلام، وقد ذكر في الأثر عن ابن عباد: إذا أعطى الرجل لرجل ثوباً يبيعه على أن ما كان فيه من ربح فهو بينهما نصفان جاز ذلك ، فهذا يدل من قول ابن عباد أن المضاربة بالعروض جائزة ، والله أعلم

قوله : ففي الدنانير والدراهم ، يعني إذا كانت لا غش فيها ، كما قاعدة المذهب ولأنه إذا كان الوزن شرطاً فيها ، فالسلامة من الغش من باب أولى ، والظاهر أنه لا يجوز القراض ، ولو علم قدر ما فيهما من الغش ، أو راجت رواج الجيد كما ذهب إليه الشافعي ، وعبارة منهاجهم : ويشترط لصحته كون المال دراهم أو دنانير ، فلا يجوز على تبر وحلي ومغشوش ، قال شارحه الدميري : وإن راج وعلم قدر غشه لأنه عروض ونقد الخ . وذهب مالك إلى جواز القراض بها ، وعبارة خليل: القراض توكيل على تجر في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرهما ، ولو مغشوشاً الخ .

قوله : بالوزن ، لعله ما لم يجر العرف بعدمه والله أعلم فليحرر .

قوله : في غير المسكك الخ. ذهب بعضهم إلى التفصيل فقال: إن كان يتعامل به في بلده جاز وإلا فلا والله أعلم .

قوله : فهذا يدل من قول ابن عباد الخ . لعل ابن عباد رحمه الله ، لم يثبت

---

(١) رواه ابن ماجه والدارقطني .

كيف يصح ذلك عنده ، لأن العروض تختلف قيمتها بين يوم يأخذها المضارب ويوم يعطيها ، ولعله أجاز ذلك بقيمتها يوم يأخذها المضارب والقول الأول عليه العمل ، لأن المضاربة لا تجوز إلا بالدنانير والدراهم كما قال عليه السلام ، وإن كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له على القراض قبل قبضه مخافة أن يكون أعسر بماله وهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه فيكون من الربا المنهي عنه ، وأيضاً ما كان في الذمة لا يتحول ويعود أمانة ، وفي الأثر : وقيل لا يتحول القرض مضاربة ولا المضاربة قرضاً وهما الأمر الأول ، وإن أمر رجل رجلاً أن يقبض ديناً له من رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض ، فإني أخاف أن تكون هذه مضاربة فاسدة لأنه حين كلفه القبض لذلك الدين صارت له في ذلك

عنده الحديث المتقدم ، أو هو على حد (لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد) والله أعلم .

قوله : بقيمتها يوم يأخذها المضارب، هو بكسر الراء ، والمراد به صاحب المال ، وكأنه أراد به يوم يشتريها ، بدليل مقابلته فيما قبله بقوله : ويوم يعطيها وإنما كان المراد ذلك ، لا قيمتها يوم يعطيها لما يلزم عليه من المحذور إذا زادت قيمتها أو نقصت ، وذلك أنه يلزمه على الأول أن رب المال أخذ أكثر من النصف المتفق عليه ، وعلى الثاني أن المضارب أخذ بعض رأس المال ، وذلك لا يجوز والله أعلم .

منفعة ، وكل منفعة إشترطها رب المال على المضارب غير سهمه من الربح فإنها تصيّر ما انعقد عليه القراض مجهولاً وكأنه قارضه على رأس مال مجهول ، ولذلك لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل ولا سلف ولا مرفق يشرطه أحدهما على صاحبه لنفسه ، وفي الأثر : وقيل يكره لمن يبيع مضاربة أن يحمل صاحبه بضاعة ، وكذلك الذي يقرض إنساناً قرضاً يكره أن يدفع إليه مالاً مضاربة ولا بضاعة ، فهذا كله لأنه ربما فعل ذلك كله له من أجل ماله والله أعلم .

قوله : وكل منفعة اشترطها رب المال على المضارب الخ . لعله سماه هنا مضارباً باعتبار ما يؤول إليه ، وإلا فالقراض لم ينعقد بينهما ، لكن بترقب ذلك فالمنفعة في الحقيقة ما كانت إلا لأجله ، وإن تقدمت في الوجود والله أعلم .

قوله : على رأس مال مجهول ، وذلك لأن المقارض قد استحق في الحقيقة شيئاً من ذلك المال الذي قبضه من الأجنبي ، في نظير خدمته والله أعلم .

قوله : ولا مرفق ، أي ما ينتفع به ، وهو بفتح الميم وكسر الفاء كما في الصحاح .

قوله : لمن يبيع ، كأنه أراد لمن يعطي ، وسماه بيعاً لأنه يؤول إلى ذلك ويترتب عليه ، ولما كان هو صاحب المال ، فكأنه البائع والله أعلم .

قوله : لأنه ربما فعل ذلك الخ . وقد (نهى ﷺ عن كل سلف جرّ منفعة)[1] .

---

(١) متفق عليه .

باب في شروط المضاربة

ما يجوز منها وما لا يجوز

وإن اشترط المضارب الربح كله فهو ضامن لجميع المال ، وهذا دين إلا على قول من قال : لا يتحول القرض مضاربة ولا المضاربة قرضاً ، وهما على الأمر الأول حتى يقبضه منه ويرده إليه كما أراد فيكون ذلك إحساناً من رب المال والله أعلم . وإن اشترط الربح كله رب المال فهذه

باب في شروط المضاربة ما يجوز منها وما لا يجوز

قوله : لا يتحول القرض مضاربة ، أظن أن هذه القضية وقع الإنفاق عليها كما يفهم من كلامه السابق في التعليلين السابقين ، فقوله : إلا على قول من قال ، ناظر إلى القضية الثانية والله أعلم فليحرر .

قوله : ولا ضمان على المضارب ، لا حاجة إليه ، لأن المضارب لا يضمن ولو لم يشترط عليه ذلك ما لم يتعد ، أو يشترط الربح على ما تقدم .

قوله : على المضارب ، وهو بفتح الراء ، لأنه من ضاربه في المال من المضاربة ، وهي القراض كما يؤخذ من الصحاح .

بضاعة لرب المال ولا ضمان على المضارب ، وإن اشترط رب المال على المضارب الضمان أعني : ضمان المال كله أو بعضه فالمضاربة فاسدة ، ويكون قرضاً على المضارب والربح له بما ضمن ، وقال بعضهم : إن تلف المال لزم المضارب الضمان بالشرط ، وإن سلم فالربح بينهما على ما شرط ؟ وقال بعض : المضاربة صحيحة والشرط باطل ، وهو على قول أبي عبد الله محمد بن بركة في كتابه ، وقال : لأن رب المال لم يقصد إلى قرضه إياه فيكون ديناً له على ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ، ولم يتعد فيه المضارب فلزمه الضمان على ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني والله أعلم . وللمضارب أن يشترط على رب المال أن يتَّجر في أجناس معلومة ، وفي ضرب من التجارة معلوم وفي بلد معلوم وبلدان

قوله : ويكون قرضاً الخ . لعل هذا على قول من يقول : إن المضاربة يجوز أن تنقلب قرضاً ، وأما على قول من لا يجوز ذلك ، فالظاهر أنه لا يضمن ، وتكون المضاربة فاسدة يرجع فيها إلى كراء المثل والله أعلم . فليحرر .

قوله : وفي ضرب من التجارة معلوم ، فإنه أراد بالضرب المعلوم من التجارة ، أنه لا يبيع ولا يشتري إلا بالدنانير والدراهم فقط ، أو بالقروض فقط ، أو بالنقد فقط ، أو بالنسيئة فقط أو نحو ذلك ، ومثل هذا جائز لرب المال أيضاً كما ذكره رحمه الله ، ولا ينافيه ما يأتي قريباً حيث قال : وإن اشترط عليه أن يتجر في جنس من السلع معروف ، فإن ذلك لا يلزمه الخ . لأن الجنس

معلومة ، ولرب المال عليه مثل ذلك من الشروط ، وليس له أن يتعدى شرطاً رسمه له فإن تعدى كان ضامناً ، وإن اشترط عليه أن يتجر في جنس من السلع معروف فإن ذلك لا يلزمه ، لأن التجارة لا تكون في سلعة واحدة ويعظم الغرر بذلك ، وأما إن اشترط عليه أن لا يشتري جنساً من السلع فذلك جائز عليه ، وقد ذكر في الأثر : وسئل عن رجل أعطى لرجل عشرين ديناراً على المضاربة فاشترط عليه أن لا يدخل أرضاً معلومة ولا يشتري إلا سلعة معلومة فدخل تلك الأرض أو اشترى تلك السلعة قال : هو ضامن ، ومنهم من يقول : لا يضمن لأنه الموكل من ذلك ، والقول الأول عندي أصح لقوله عليه السلام : (المؤمنون

المشترط غير الضرب المشترط ، فإن المراد بالجنس التمر ، أو الزبيب ، أو نحو ذلك والمراد بالضرب ، ما تقدم ، فحصل الفرق .

تنبيه : لو دفع له مال القراض فقال له : إن اتجرت في الصنف الفلاني فلك نصف الربح مثلاً ، وإن اتجرت في صنف كذا، فلك ثلث الربح ، وإن سافرت فلك نصف الربح ، وافترقا على عدم القطع، فالظاهر أن هذه مضاربة فاسدة ، لأنها بمنزلة بيعتين في بيعة ، ولأن ظاهر قوله فيما تقدم على أن يتجر به على جزء معلوم ، يدل على أنه لا بد في ذلك الجزء أن يكون معلوماً لا تردد فيه والله أعلم فليحرر .

قوله : لأنه الموكل في ذلك ، لو قال : لأنه الناظر في ذلك لكان أظهر ، لأن هذا الكلام ظاهره يقتضي أن الوكيل لا يضمن ولو تعدى ، مع أنه ليس كذلك والله أعلم .

على شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً)[1] وإن اشترط عليه أن يخرج أكثر من رأس ماله ثم يقسمان البقية، فلا يجوز ذلك لأنه ربما يحيط ذلك بجميع الربح، وكذلك أيضاً إن اشترط عليه أن يأخذ منه في كل شهر ديناراً فلا يجوز، لأنه لا يدري أيربح ديناراً أو أقل أو أكثر أو لا يربح شيئاً، وكذلك أيضاً إن اشترط عليه المضارب شيئاً من رأس المال فلا تجوز تلك المضاربة، لأن المضارب ليس له من رأس المال شيء، وإن اشترط عليه أن له ثلث الربح ولرجل سماه ثلث الربح ولصاحب المال الثلث الباقي، فذلك جائز إن قَبِلَ المسمى له الهبة وإن

قوله: أو حرم حلالاً، كأن المراد حلالاً لا بد منه مثل الأكل والشرب والنوم والصلاة، وأن لا ينتفع بماله في وجه كذا، مما هو حلال مثلاً، ونحو ذلك وإلا فكل شرط فيه منع من المباح، يقتضي تحريم الحلال.

قوله: ولرجل سماه ثلث الربح، ينظر ما لو جعلا الربح كله لذلك الرجل مثلاً، والظاهر أنه صحيح فيعدان متبرعين والله أعلم.

قوله: إن قبل الخ. يؤخذ من هذا جواز هبة ما سيؤخذ، وأنها صحيحة من غير حوز، فتكون هذه الصورة مستثناة من اشتراطهم الحوز في صحة الهبة فإن ظاهره أنه إن قبل ما جعل له ورضي به - ولو قبل حصوله - لزم، وليس لهما الرجوع فيه، ويحتمل أن المراد إن قبل الهبة بعد حصولها، يعني وأما قبل حصولها فلهما الرجوع، وحينئذ لا حاجة إلى الإستثناء والله أعلم. فليحرر على أن المأخوذ به عند أصحابنا من أهل الجبل وأهل المغرب أن الهبة إنما تتوقف على القبول دون الحوز إلا في هبة الوالد لولده كما بينه رحمه الله في باب الهبة.

---

(١) تقدم ذكره.

دفعها رجع المضارب إلى عناه لأنهما لم يتفقا على ذلك الثلث كيف يكون بينهما ، وإن اشترط أيضاً رب المال على المضارب جنساً من الناس أو رجلاً معروفاً يتجر معهم فذلك جائز عليه ، وكذلك إن اشترط عليه أن لا يخالف طريقاً مسمى فإنه لا يجوز للمقارض أن يأخذ غير الطريق الذي شرط له ، فإن جاءه خبر الخوف فليختر إلى حيث يأمن ، وإن دخل إلى منازل يأمن فيها فلا يأخذ بعد ذلك إلا الطريق الأول فإن لم يجدها رجع بالمال إلى صاحبه ، وإن لم يجد إلى الرجوع سبيلاً ولم يصل إلى الطريق الأولى المشروطة عليه باعه ولا يأخذ إلا الطريق الأول ؛ فإن لم يجد مأمناً فإنه يأخذ طريقاً يوصله إلى الأمان ، فإن خالفه في جميع ما شرط عليه فإنه ضامن إن تلف المال ، وإن سلم فهما على اتفاقهما والله أعلم . وإن اشترط رب المال زكاة الربح على العامل في

قوله : أو رجلا معروفاً ، ظاهره أن اشتراط رجل معين لا يعد من التحريج فليس كاشتراط جنس معين ، وذلك لأنه كمن دفع ماله لرجلين والله أعلم .

قوله : الطريق الذي شرط ، إنما ذكر الطريق هنا وأنثه بعد في قوله : الطريق الأولى المشروطة ، لأن الطريق يجوز فيه تذكيره وتأنيثه .

قوله : وإن سلم فهما على اتفاقهما ، وإنما لم يكن الخراج بالضمان ، لأنه متعمد فقوله ﷺ (الخراج بالضمان) محمول على ليس بمتعمد والله أعلم .

قوله : وإن اشترط رب المال زكاة الربح الخ . وكذلك أيضاً لو اشترط

حصته من الربح فذلك جائز ، لأن ذلك يرجع إلى جزء معلوم النسبة كأنه اشترط عليه في الربح الثلث إلا ربع العشر أو النصف إلا ربع العشر فذلك جائز ، والله أعلم . وإن لم يشترط رب المال على المضارب موضعاً بعينه كان له أن يتجر حيث شاء من المتاجر إلا بلداناً يقطع فيها البحر عن مصره فإنهم اختلفوا فيها ، فأجاز بعضهم ذلك مالم يكن شرط يمنعه ، وقال آخرون: ليس عليه الخروج إلى البحر إلا بأمر صاحب المال وقد ذكر أبو عبدالله ذلك في كتابه ، والنظر يوجب عندي أن المضارب والمضاربة المقصودة بذلك المال يراعى الحال فيهما ، فإن كان المضارب معروفاً بالمضاربات إلى أماكن معروفة ، وجرت العادة منه في التجارة في بر وبحر فهو على عادته والله أعلم . وليس للمضارب أن يستعمل بالمال الزراعات وغرس الأشجار وشراء النخيل والعقارات ، لأن ذلك كله لا يعرف في متاجر الناس ولا يسمونهم بها تجاراً ، وقد أجاز بعضهم ذلك ولم يره متعدياً إذا رأى الإصلاح في ذلك لنفسه ولرب المال والله أعلم .

العامل ذلك على رب المال في حصته ، فإنه جائز أيضاً ، لأنه معلوم النسبة كما قال رحمه الله .

باب في أحكام القراض

وأحكام القراض منها ما هو أحكام القراض الصحيح ، ومنها ما هو أحكام القراض الفاسد ، وأما أحكام القراض الصحيح ففعل صاحب المال في مال القراض جائز ، لأنه ماله ويأخذ منه بالبيع أو بالقيمة ، وأما المقارض فلا يأخذ منه شيئاً إلا بالبيع من صاحب المال أو من أقامه بمقامه كان الربح في المال أو لم يكن ، لأنه بمنزلة الوكيل، وفعل المقارض جائز في جميع منافع ذلك المال من البيع والشراء والمبادلة وما أشبه ذلك مما

باب في أحكام القراض

قوله : لأنه بمنزلة الوكيل ، يؤخذ منه أن الوكيل لا يأخذ مما وكل عليه إلا بالبيع من صاحب المال ، أومن يقوم مقامه، ولو نادى على قيمة ما يساوي الشيء ويبيعه للغير به ، لأن البيع لا يكون إلا بين اثنين كما تقدم في الصرف إلا في خليفة اليتيم كما تقدم في الطوافة ، وكتب أيضاً رحمه الله على هذه القولة ما نصه : قوله لأنه بمنزلة الوكيل قال شيخنا رحمه الله : فيؤخذ منه أن شرطها كوكيل وموكل ، فلا يجوز من صبي ولا سفيه ، وأما المحجور عليه بالفلس فلا يصح أن يقارض وهل يصح أن يكون عاملا ؟ والظاهر الجواز انتهى .

يصلح المال ، وكذلك يجوز له أن يفعل جميع ما يعني ذلك المال من الكراء والأجر أو جميع مؤونته فذلك كله من رؤوس الأموال، ويعطي الأجرة لمن يدله على البيع والشراء ويسامح فيها لأنه ناظر لنفسه ولرب المال ، وفي الأثر : وقال من قال : إن كان المضارب يعمل بيده في المال فيكره له أن يأخذ أجر ذلك،وأما كراء المنزل والدابة إذا كانت له فلا بأس أن يأخذ ذلك كما يكون لغيره ، وإن منعه صاحب المال على التصرف في ماله فإنه إن لم يكن الربح في المال فلا يجوز له فيه التصرف بعد منع صاحبه وإن كان الربح فجائز له التصرف ويبيع ويوصل لصاحب المال ماله وما نابه من الربح ، وكذلك إن لم يتبين له أكان الربح في المال أو لم يكن يجوز له التصرف ، وكذلك ورثة المقارض إن مات لا يجوز لهم التصرف في ذلك ، لأنهم ليسوا بمقارضين لصاحب المال إلا أن يبيعوا ما يحتاج إلى البيع ويجمعوا المال ويأخذوا سهم مورثهم من الربح إن كان ، ويوصلوا المال إلى صاحبه وما نابه من الربح ، ويدرك

قوله : فلا يجوز فيه التصرف الخ . ظاهره أنه يأخذه لنفسه من حينه إن شاء حيث لم يوجد الربح ، وإن لم يرض بذلك المقارض ، لأن صاحب المـــال يأخذ بالقيمة وإن لم يرض المقارض ، فعلى هذا لو ادخره وظهر فيه الربح بعد ذلك ليس للمقارض فيه شيء حين يأخذه لنفسه بالقيمة والله أعلم فليحرر .

قوله : يجوز له التصرف ، ظاهره ولو منعه صاحبه .

صاحب المال عليهم ذلك ، لأن عليهم ما لزم مورثهم قد اتجر ، وإن اتجروا بالمال بعد ما مات مورثهم ، فإنه إن اتجر مورثهم بالمال أول مرة فلهم نصيبهم من الربح كان الربح أول مرة أو لم يكن ، لأن مورثهم قد اتجر به ، فإن تلف المال فعليهم الضمان إن علموا بموت مورثهم ، لأن صاحب المال لم يضاربهم بذلك المال،وإن لم يعلموا بموت مورثهمفلا ضمان عليهم ، وإن لم يتجر مورثهم أول مرة فاتجروا هم به بعد موته فلهم أجر عنائهم إن لم يعلموا بموت مورثهم ولا ضمان عليهم إن تلف المال ، وإن علموا فعليهم الضمان وليس لهم شيء في الحكم ولهم عناؤهم فيما بينهم وبين

قوله : لأن عليهم ما لزممورثهم ، يؤخذ منه أنهم لا يضمنون إذا ضاع المال في حين بيعهم ما لم يتجروا به ، لأن هذا أمر واجب عليهم والله أعلم . وهذا ظاهر إذا كان المال حاضراً ، وأما إذا كان غائباً ، فالظاهر أنه لا يجب عليهم السفر لأجل ذلك لما في ذلك من الضرر عليهم ، والضرر لا يحل والله أعلم فليحرر ، وليراجع .

قوله : كان الربح أو لم يكن ، يعني في تجارة مورثهم ، فلهم أجر عنائهم إن لم يعلموا ، إنما يأخذون عناءهم دون الجزء المسمى لمورثهم ، وإن لم يعلموا بموته لأنهم لم يقارضوا بذلك المال ، والجزء المسمى قد انفسخ بموت مورثهم حيث لم يتجر أولاً والله أعلم .

قوله : فعليهم الضمان ، وليس لهم شيء في الحكم، إنما لم يكن الخراج بالضمان هنا لأنهم قد تعدوا بحسب الظاهر والله أعلم . ولعل هذا بناء على الراجح لقوله عليه السلام : (لا عرق ولا عرق لظالم) . وأما على القول المرجوح ، فإن الربح لهم

الله ، لأنهم اتجروا بمال بغير إذن مالكه والله أعلم. وكذلك أيضاً إن مات صاحب المال على هذا الحال فإنه إن اتجر به أول مرة ثم اتجر به بعد موته فله نصيب من الربح حين اتجر به أول مرة ، وإن تلف فهو ضامن إن علم بموته ، لأنه حين مات انتقل الأمر إلى الورثة واتجر في مالهم بغير رأيهم وإن لم يعلم بموته فلا ضمان عليه ، وأما إن لم يتجر به قبل أن يموت صاحب المال ثم اتجر به بعد موته ، فإن علم بموته فليس له شيء ، ومنهم من يقول : له أجر عنائه ، لأنه ليس بمتعدٍ ، وإن تلف المال فهو ضامن ،

حيث يضمنون ويدل لهذا قوله . عليه السلام (من اغتصب شيئاً مما يكال ، أو يوزن مثل الذهب والورق والطعام ، ثم استهلك في يده ، أن عليه مثل ما اغتصب من جنسه وكيله ووزنه) كما ذكره رحمه الله في باب الزكاة .

قوله : لأنهم اتجروا بمال الخ . هذا علة لقوله : وليس لهم شيء ، فلو قدمه على قوله : ولهم عناؤهم فيما بينهم وبين الله لكان أنسب والله أعلم .

قوله : فلا ضمان عليه ، يعني وله أجر عنائه لأن العقد قد انفسخ بالموت ، كما ذكره بعد .

قوله : فليس له شيء ، يعني في الحكم قياساً على ما تقدم وكتب أيضاً رحمه الله على هذه القولة ، ما نصه قوله : فليس له شيء قال شيخنا رحمه الله : ينبغي أن يمتمد، وأما قوله : لأنه ليس بمتمد، ففيه نظر انتهى، واقول: وجه النظر أنه حين مات صاحب المال وانتقل ذلك إلى الورثة ، وعلم به ، فقد انفسخ ما بينهما ويصير متعدياً بعد ذلك ، وإن لم يكن متعدياً في الأصل والله أعلم .

لأن ذلك المال في يده بمنزلة الوديعة ، وإن لم يعلم بموته فله أجر عنائه وليس عليه الضمان والله أعلم ، واختلف العلماء أيضاً في نفقة المضارب وكسوته ، هل يدركهما في مال التجارة ؟ وقال بعضهم : لا نفقة له ولا كسوة في مال التجارة أصلاً ، شرَطها أو لم يشترطها ، وقال آخرون : إن كان المال كثيراً يحتمل ذلك فليأكل ويلبس ويركب على قدر ما احتمل من ذلك في الوقت الذي اتجر به في غير منزله ، وأما في منزله فلا ، إلا إن أذن له صاحب المال بذلك ، وإن كان في يده غير هذا القراض من أموال التجارة كلها لنفسه كان أو لغيره فلا يأكل منه إلا ما نابه بالمحاصصة،

قوله : واختلف العلماء أيضاً في نفقة المضارب الخ . لم يبيّن رحمه الله سبب الخلاف بينهم ما هو ، ولعل سبب اختلافهم في المقارض ، هل هو بمنزلة الوكيل أو بمنزلة الأجير ؟ فمن قال بمنزلة الوكيل : قال لا يستحق ذلك ، والذين قالوا بمنزلة الأجير اختلفوا ، فمن قال : إن المستأجر كمن اشترى قوة الأجير قال : يدرك ذلك وإن لم يشترطه ، ومن قال : إن الحر لا يباع ولا يجري عليه معنى البيع قال: لا يدرك ذلك إلا بالشرط، لكنهم اختلفوا في الشرط هل لا بد أن يكون شيئاً معلوماً؟ وهو مختار المصنف رحمه الله، لكن القاعدة في الشرط، إذا لم يكن معلوماً كان باطلاً، أو لا يشترط فيه ذلك، ولا يبطل بل يكون له الوسط كما تقدم الخلاف أيضاً في الأجير ، إذا شرط مؤونته مطلقاً والله أعلم فليحرر .

قوله : إن كان المال كثيراً ، لم يبين رحمه الله حد الكثير وضبطه بعض المخالفين بالخمسين ديناراً فصاعداً ، والله أعلم .

وكذلك اللباس والركوب وجميع ما لا يستغني عنه من مداواة نفسه وغيرها على هذا الحال، ما خلا التسرّي والنكاح فلا ينكح منه ولا يتسرَّى فهؤلاء يجوزوا هذا للمضارب كله ، لأن صاحب المال كمن اشترى قوّته وما لا يتم الفعل إلا به فهو مثله ، أعني النفقة والكسوة وما لا يستغنى عنه ، وجعلوا ذلك كله كالمنطوق به وإن لم ينطقا به والله أعلم . وقال آخرون : لا نفقة له ولا كسوة إلا إن اشترطهما ، واختلف أصحاب هذا القول إن اشترطهما ، قال بعضهم : الشرط ثابت وله من ذلك الوسط من النفقة والكسوة ، وقال آخرون : الشرط باطل إلا إن اشترط شيئاً معيناً ما في نفقته وكسوته ، وهذا القول عندي أصح ، وقال أبو عبد الله في كتابه: وأجمع مخالفوهم أن المضاربة تفسد بهذا الشرط، والنظر يوجب عندي ذلك ، لأن ما شرطه المضارب لا يكون إلا في الربح ولا يعلم أنه يربح أو يخسر ، والذي يوجبه النظر عندي أن الشرط في هذا ثابت إذا كان شيئاً معلوماً ، فإن كان الربح كان ما شرطه منه ، وإن لم يكن الربح كان من رأس المال ، وأما قول أبي عبد الله : لأن ما شرطه

قوله : من مداواة نفسه ، أي خلافاً لمالك فإنه منع ذلك قائلاً : يحتمل أن تطول به العلة فينفق غالب المال ، وظاهر كلام المصنف رحمه الله الإطلاق ويحتمل التقييد بها إذا تحملت الفائدة ذلك ، والله أعلم فليحرر .

قوله : وأما قول أبي عبد الله : لأن ما شرطه إلى قوله : فلم أفهم من ذلك

المضارب لا يكون إلا في الربح ولا يعلم أنه يربح أو يخسر فلم يفهم ذلك

الخ . في عدم فهم معنى هذا الكلام من مثل المصنف رحمه الله تأمل ، فإن معناه ظاهر كما أفاده شيخنا رحمه الله ، حيث قال: قوله ، لا يكون إلا في الربح ، أي لا يصح اشتراطه إلا من الربح ، بخلاف ما لو اشترطه من رأس المال ،فإنه لا تجوز تلك المضاربة ، ففي الحقيقة المشترط منه الربح ، فإن كان الربح تحقق المشروط منه ، وإلا فمن رأس المال ، وقدم أنه لا يصح اشتراطه جزءأمن رأس المال ، فقوي الضرر بهذا الشرط فتبطل المضاربة ، فتأمل . فلعل هذا هو مراد أبي عبد الله رحمه الله ، وما أدقّ نظره وأسدّ رأيه رحمه الله ، فأنت تراه متى بحث بحثاً ترى الطبع السليم ينقاد له بسهولة انتهى ، وهو في غاية الحسن ، إلا أن في جزمه ببطلان المضاربة مع هذا الشرط تأملا ، فإن الظاهر أن أبا عبدالله رحمه الله أراد بهذا الكلام بطلان الشرط فقط ، فيوافق القول المصدر به ، فإن المصنف رحمه الله ، لم يحك في هذه الأقوال مع كثرتها ، القول ببطلان المضاربة بهذا الشرط أبداً ، اللهم إلا أن يُقال : أخذ ذلك من قوله : تفسد بهذا الشرط والله أعلم فليحرر . وعلل أيضاً شيخنا رحمه الله ، بطلان المضاربة عند الإشتراط بعلة أخرى ، غير ما قال أبو عبد الله رحمه الله ، فقال : وبعبارة أخرى ، لأن النفقة قد تكون قدر الربح ، فيؤدي إلى انفراده به ، وقد تكون أكثر ، فيؤدي إلى أخذ جزء من رأس المال قد اشترطه ، وإن لم يشترط شيئاً وقلنا له النفقة والكسوة ، فالمأخوذ محسوب من الربح ، فإن لم يكن ربح فهو خسران لحق المال والله أعلم بالصواب انتهى . وفيه بعض تأمل أيضاً ، فإنه يقتضي أن النفقة إذا كانت بالشرط تبطل المضاربة ، وإذا كانت بلا شرط صح كل منهما ، وهذا لم يتعرض له المصنف رحمه الله ، فمن أين يؤخذ؟ اللهم إلا أن يقال : أخذه أيضاً من قوله: إن المضاربة تفسد بهذا الشرط يعني ، وأما إذا كان ذلك من غير شرط ، فجائز وهو المتبادر من ظاهر قول

من قوله شيئاً والله أعلم . ولا يخلط المضارب أيضاً ما في يده من مال القراض بغيره من الأموال ، فإن فعل فهو ضامن إن تلف، ولا يستخدمه أيضاً لغيره فإن فعل فهو ضامن إن تلف بمنزلة من استودع وديعة لغيره

صاحب الدعائم : وما كساه بلا شرط يجوز له والله أعلم فليحرر . وفي غالب النسخ تفسد بدل تعسر ، فيتم بحث شيخنا رحمه الله ، والله أعلم .

قوله : ولا يخلط المضارب أيضاً الخ . قال شيخنا رحمه الله : ظاهره جواز أخذ القراض من غيره ، وكذا البضاعة للغير سواء ضرّ بالأول أم لا ، والظاهر أنه إذا ضر بالأول لا يجوز إذ فيه ضرر على رب المال ، وهو الصواب إن شاء الله انتهى . أقول خصوصاً عند من يقول : إنه كمن اشترى قوته ثم الظاهر أنه إنما يضمن ، إذا لم يأذن له أرباب الأموال في ذلك ، والله أعلم .

قوله : ولا يستخدمه أيضاً لغيره الخ . أنظر هل معناه إنه لا يمكنه من غيره فيعمل فيه مطلقاً ، أي سواء كان قراضاً أم غيره ، وهو الظاهر أو معناه، أنه لا يقارض به غيره ؟ وهو الذي يدل عليه سياق كلامه ، ثم ظاهره أنه إذا قارض به غيره يكون ضامناً إذا تلف ولو كان يعمل معه ، ويحتمل أن المراد باستخدامه لغيره أن يكون الغير هو الخادم فيه وحده ، ثم إنه ينظر فيما إذا قارض به غيره باقل من الجزء الذي اتفق به مع صاحب المال ، ولم يعمل له شيئاً ، هل يجوز له أخذ ذلك الزائد لدخول المال في ضمانه ، وهو ظاهر قوله: وإن لم يتلف فهما على اتفاقهما الخ . أو لا يجوز له أخذه ، لأنه لم يعط شيئاً يستحق به ذلك ؟ وهو المناسب لما تقدم في الإجارات ، فيمن استأجر داراً أو دابة فأجرها لغيره من غير أن يزيد من عنده شيئاً ، وأما إذا قارضه بأزيد فالظاهر أنه يغرم له الزائد ، والله أعلم فليحرر .

ولا ضمان على المضارب الثاني ، وإن لم يتلف فهما على اتفاقهما فيأخذ صاحب المال سهمه ، ويعطي المقارض الأول للمقارض الثاني ما اتفق به معه من حصته والله أعلم . ويجوز للمقارض أن يجعل مال التجارة في جميع ما يطمع فيه الربح مما يحل بيعه وشراؤه إلا البيع بالدَّين ، فلا يبيع بالدين إلا بإذن صاحب المال ، فإن باع فهو ضامن إن تلف المال ، أو لم يتلف فهما على اتفاقهما ، لأن الأصل في البيع النقد ، وبعضهم جوَّز للمقارض أن يبيع بالنسيئة ، لأن الناس بيعهم وشراءهم نقد أو نسيئة ، وكذلك لا يجوز للمضارب أن يأخذ الدين إلى ما في يده بغير إذن صاحب المال ولو أخذه لمصالح ذلك المال ، مثل نفقة الغنم وغير ذلك من مصالح المال وإن أخذه على المال فالربح بينهما والوضيعة على المضارب ، وليس

قوله : فهو ضامن إن تلف المال ، ينظر هل يضمن رأس المال أو ما باع به ، أو قيمته يوم البيع بالدين ؟ وهو الظاهر ولكن الذي يدل عليه الكلام السابق في باب بيع الدين في مثل هذا أنه أنما يضمن الثمن الذي باع به عند الأصحاب خلافاً لأبي عبدالله رحمه الله ، فليراجع .

قوله : والوضيعة على المضارب ، والظاهر أن المراد بعد ذهاب المال بدليل قوله : وليس يلحق صاحب المال بعد رأس ماله شيء ، ويدل له أيضاً مسألة الكراء إذا عطب المال ، ومسألة صبغ الثياب ، ولو أراد أن الوضيعة على المضارب مطلقاً لقال : وليس يلحق صاحب المال في رأس ماله شيء ، وعلى هذا الذي ظهر لنا ، فالفرق بين مسألة الإذن مطلقاً ، ومسألة عدم الإذن أصلا

يلحق صاحب المال بعد رأس ماله شيء إلا أن يقول للمضارب : خذ نسيئة وما كان من دين فعليّ فهو عليه ، وإن قال أيضاً عليّ وعليك فهو على ما شرطه. وإن قال له: خذ الدين إلى مالي فإنه يلزمه ما أخذ،ولو أخذ أكثر مما في يده إلا إن قال له: خذ الدين إلى مالي الذي في يدك فإنه

أنه في مسألة الإذن ، يكون على رب المال ولو ذهب رأس ماله ، وفي مسألة عدم الإذن ، لا يلحقه بعد رأس ماله شيء ، كمسألة الإذن أن يأخذ لما في يده والله أعلم . إلا أن قوله أولاً : لا يجوز للمضارب الخ. يقتضي أنه لا يكون على صاحب المال شيء والله أعلم فليحرر . ثم رأيت في كتاب ابن جعفر ما يدل أن صاحب المال ليس عليه شيء من الوضيعة في هذه الصورة حيث قال: وقيل إن قال صاحب المال للمضارب : لا تأخذ بيعاً بنسيئة ، فأخذ بيعاً يكون ألف درهم بألفي درهم نسيئة فربح ، قال : فإن أخذه على المال فالربح بينهما ، والوضيعة على المضارب ، وإن كان صاحب المال أمره أن يأخذ على ماله، فالوضيعة على المال والربح بينهما ، وإن لم يأمره فالربح بينهما ، والوضيعة على المضارب الخ . وقد يقال : كلام ابن جعفر يحتمل من التأويل ما يحتمله كلام المصنف أيضاً والله أعلم فليحرر . ثم ظاهره على أن الوضيعة على المضارب ، وليس على رب المال في رأس ماله شيء وأن جميع ما أخذه لمصالح ذلك المال ولم يدفع ثمنه من ذلك المال يكون على المضارب ، ولو اشتراه بثمن المثل لا فرق بينه وبين ما اشتراه بأزيد ، لأن الجميع لم يأذن فيه رب المال والله أعلم فليحرر .

قوله : فإنه يلزمه ما أخذ الخ. يعني فإن ماله شامل لجميع ما يملك ، ولقائل أن يقول : إن الإضافة ها هنا للعهد ، أي مالي المعهود وهو الذي في يدك ، فإن الإضافة تأتي لما تأتي له اللام ، والقرينة قامت على العهد والله أعلم .

تكون الوضيعة حينئذ على المال ، وما زاد على المال فعلى المضارب ، وفي الأثر : وقيل إن اشترى المضارب بالمال متاعاً ثم حمله بالكراء فعطب ، فالكراء على المكتري إذا قال صاحب المال: لم آمرك أن تدَّيَّن علي ، وكذلك إذا دفع المضارب ثياباً إلى الصباغ فتلفت فليس على رب المال تباعة بعد رأس ماله حتى يأمره بالدين ، فإن أمره بالدين فإنه يدرك عليه ولو تلف المال والله أعلم . وإن أعطى رجل لرجل مالاً مضاربة فضارب به فخسر ، ثم رجع إليه بالبقية ، فقال له ردها واضرب بها : فرجع فضرب فربح ربحاً كثيراً ، أو اختلفوا في رأس المال ، فإن رأس المال هو الأول إلا إن قبض تلك البقية وجعلها عنده على المضاربة ثانية فيكون حينئذ رأس المال تلك البقية ، لأنه ما لم يقبضها فلا تتحول من الأمر الأول ، وفي الأثر : وإن كان في المضاربة ربح فقسماه بينهما ، ثم

قوله : ثم حمله بالكراء فعطب الكراء الخ . لعل بالنسخة سقطاً فليراجع وإن كانت النسخة صحيحة ، فالمعنى ثم حمله بالكراء ولم يدفعه ، فعطبت الدابة وذهب المتاع ، فالكراء على المكتري الخ . ويحتمل أنه أراد بقوله : فعطب ، معنى فهلك ثم ظهر ، أن هذا متعين والله أعلم .

قوله : أن تدين ، أصله تتدين فحذفت إحدى التاءين .

قوله : فقسماه بينهما إلى قوله : إن الربح قد جاز ، يؤخذ منه أن العامل لا يملك الجزء المسمى له ، إلا بعد القسمة ، وكذلك يؤخذ من قوله الآتي : وإن

اتجر بالباقي فخسر ، فعن أبي علي رحمه الله أن الربح قد جاز إذا أعلمه أني قد حسبت فوقع الربح كذا وكذا والله أعلم . ولا يجوز للمضارب أن يأخذ حصته من الربح بغير حضور رب المال أو بغير إذنه ، فإن فعل ثم اتجر لنفسه فربح ربحاً كثيراً ، فذلك كله بينهما على اتفاقهما الأول ،

أعطى له مائة دينار الخ . كما هو ظاهر ، وإلى هذا ذهب مالك والمزني من أصحاب الشافعي ، وذهب أبو حنيفه إلى أنه يملكه بالظهور ، وفائدة الخلاف تظهر في الزكاة ، فمن قال: العامل يملك بالظهور زكّى على حصته إن ظهر له فيها ما تجب فيه الزكاة ، ومن قال: لا يملك إلا بالقسمة ، قال لا يلزمه شيء حتى يحوز حصته ، وكلام المصنف رحمه الله ، في كتاب الزكاة يدل على وجود الخلاف بين أصحابنا في وجوب الزكاة على المقارض ، لكن جعل الخلاف مفرعاً على غير ما ذكر ، وفيه بعض إشارة إليه حيث قال : واختلفوا في زكاة المقارض ، قال بعضهم : ليس عليه من الزكاة شيء ، وإن كان الربح في المال حتى يعلم ما يصح له ، وهذا فيما يوجبه النظر على قول من قال : لا يعطي إلا على ما جعل في التجارة والمقارض لم يجعل فيها شيئاً ، وعلى مذهب القيمة أينما كان الربح في المال فيلقومه ، فإن كان في سهمه من الربح عشرون ديناراً، فليأخذ الوقت وإن حال الحول فليؤد من نفسه ، ولا يؤد من مال القراض ، وقال بعض : يحسب على ما مضى من السنين ، فإذا اقتسم مع صاحبه أدى على ما مضى من السنين انتهى . ولو جعل المصنف رحمه الله بسبب الخلاف بينهم الاستحقاق بالظهور أو بالقسمة لكان متجهاً أيضاً كما يفهم من كلام صاحب القول الأول، حيث قال حتى يعلم ما يصح له ، فإنه يشير إلى أنه لا يملك إلا بالقسمة ، ويكون القول الثاني مبنياً على أنه يملك بالظهور ، وأما الثالث فيشبه أن يكون نظراً إلى القولين : والله أعلم فليحرر .

لأن قسمته لذلك بغير إذن رب المال أو حضوره لا تجوز ، وإن دفع لرب المال رأس ماله وحصته من الربح فأخذه ثم اتجر بسهمه من الربح فربح ثم قال له رب المال : لم أجوز لك تلك القسمة أنه لا يشتغل به ، لأنه حين أخذ رأس ماله وحصته من الربح ، فذلك تجويز منه لذلك والله أعلم . وإن هلك بعض مال القراض قبل أن يعمل فيه المقارض ، ثم عمل فربح ، فأراد المقارض أن يجعل رأس ماله بقية المال بعد الذي هلك فإنه لا يصح له ذلك إلا إن أخبر بذلك رب المال فجعله في يده مرة ثانية ، وينفصل القراض الأول والله أعلم . وإن أعطى له مئة دينار على المضاربة فاتجر بها فربح مئة أخرى ، ثم اتجر بهذه الثلاث مئة فخسر من المال مئة ، ثم أراد أن يقسما المائتين الباقيتين فإنهما يخرجان الوضيعة من الثلاث مائة جميعاً على أن يكون من كل مئة ثلث ، ثم يأخذ صاحب المال ثلثي المائة وهو الباقي له من المائة الآخرة التي هي رأس مال المضاربة الثانية ، ثم يأخذ أيضاً من ثلثي المائتين مائة دينار التيهي رأس ماله الأول وثلثا المائتين هو الذي بقي له في المضاربة الأولى بعد الذهاب ، فإذا أخذ منه مائة ديناراً رأس ماله بقي منه ثلث المائة ، وهو ما صح لهما من الربح فيقتسمانه على اتفاقهما والله أعلم . واختلفوا أيضاً في الشبكة في الصيد بينهم مما يصطاد بها ، فأجاز ذلك كثير منهم ولم يجوِّزه بعض ، والذين

أجازوه شبهوه بالمضاربة ، وأما من لم يجوّز ذلك فالمضاربة عنده لا تصح إلا بالدنانير والدراهم ، وهي أيضاً بإجازة السنّة ، والذي يوجبه النظر عندي : أن الشبكة في الصيد بسهم أقرب إلى الجواز ممن أجاز المضاربة بالعروض ، لأن قيمة العروض تختلف ، ورأس المال في ذلك مجهول ، والشبكة غير متغيرة وإنما لها السهم مما اصطاد بها والله أعلم . وأما إن أعطاه عروضاً وأمره ببيعها ثم يعطي ثمنها لرجل قد سماه له فيعطيه له على المضاربة فذلك جائز ، لأن هذه مضاربة بالدنانير والدراهم ، وإنما أعطاه أول مرة تلك العروض على وجه البضاعة لا على وجه المضاربة ، غير أن بعضاً كره أن يبضعه رب المال بضاعة ، لعله إنما فعل ذلك لأجل ماله

قوله : وهي أيضاً بإجازة السنّة ،يعني ولولا ذلك ما جازت ، لأنها خارجة عن الأصل ، يجهل القدر المتحصل ، وما خرج عن الأصل لا يقاس عليه والله أعلم .

قوله : ممن أجاز ، راجع نسخة صحيحة .

قوله : وإنما لها السهم الخ . هذا تنبيه في الجواز بما تقدم عن الربيع ، فيمن له حائط تدفعه لمن يحطب منه بالسهم .

قوله : فذلك جائز ، ظاهره أنه لا يضارب به من غير أن يدفع له أحد ذلك الثمن .

قوله : وإن أعطاه ، لعله وإنما أعطاه .

قوله : غير أن بعضاً كره الخ . هذا هو الذي جزم بمثله فيما تقدم ، بل

والله أعلم . وإن دفع رجل إلى رجل مالاً مضاربة على ما رزقه الله في ذلك من شيء ، فللمضارب من ذلك مئة درهم أو أقل أو أكثر إلا أنه قد سمى دراهم معلومة ، فهذه مضاربة فاسدة لا تجوز ، وللمضارب أجر مثله والله أعلم . وفي الأثر : واختلف علماؤنا أيضاً في مشاركة المسلم الذمي في التجارة فمنع كثير منهم جواز ذلك لما يحذر من إدخال الربا فيها وما يدينون بتحليله مما هو حرام في دين المسلمين ، وكره آخرون ذلك من غير تحريم ، والحجة عندي توجب إجازتها ، لأن ما اعتل به الفريق الأول لو كان يوجب المنع لم يجب إلا مشاركة العدْل من المسلمين لأن فيهم من يستحل في تجارته الحرام ، ويرتكب في ذلك ما لا يجوز في مذهبه ويستعمله تارة مستحلاً وتارة مرتكباً ، وإذا كان هذا هكذا

ظاهره المنع ، تقدمت البضاعة أو تأخرت كما ترشد إليه العلة .

قوله : اجازتها ، يعني بكراهة .

قوله : لم يجب ، لعله لم يجز اللهم إلا أن يقال : أراد بالواجب ما ليس بممتنع ، فيشمل الجائز .

قوله : ما لا يجوز في مذهبه ، ظاهره أن ما يجوز في مذهبهم لا ضرر فيه، ولو كان غير جائز عند المسلمين والله أعلم .

كانت مشاركة الذمي جائزة لاتفاقهم على إجازة مشاركة الفاسق من أهل القبلة ، وأما أحكام المضاربة الفاسدة فكل مضاربة انتقضت فالمال وربحه لربه ، وللمقارض أجر مثله على قدر عنائه ، وقد قال بعض : الربح للمضارب ولرب المال رأس ماله ، وقد ذكر في الأثر فيها قولاً ثالثاً : أن الربح بينهما نصفان ، وهذا القول يدل من قائله أنه إن تلف المال ليس للمضارب شيء ، لأن حقه عنده متعلق بالمال ، وكذلك أيضاً إن سلم ولم يربح شيئاً ، وعلى القول الأول له قدر عنائه سواء تلف المال أو سلم أو ربح أو خسر ، وهذا هو الذي يوجبه النظر عندي ، لأن حقه متعلق بالذمة لا بالمال ، وقد اتفقوا جميعاً على أنه لا ضمان عليه إن تلف المال ، لأنه أمين ما لم يتعدَّ والله أعلم . وإن اختلف المضارب وربُّ المال في مقدار الربح ، فعلى رب المال اليمين بما يدعيه المضارب

قوله : ولرب المال رأس ماله ، هذا إذا سلم المال ، وأما إذا لم يسلم فالظاهر أنه ليس له شيء ، لأن العامل ليس بتعد ثم رأيت التصريح به بعد بيسير .

قوله : وهذا القول يدل من قائله الخ . أقول : وكذلك القول الثاني يدل على هذا ، بل يدل على أنه إن لم يحصل الربح ، ليس له شيء وإن لم يتلف المال كما بينه في القول الثالث .

قوله : في مقدار الربح ، المراد في مقدار ما عين له منه ، كأن يقول المضارب :

من الزيادة على ما يقرُّ به له ، وعلى المضارب البينةعلى الزيادة التي ادعاها ، وإن اختلفا في رأس المال ، فالقول قول المضارب، وعلى صاحب المال البينة على الزيادة التي ادعاها والله أعلم .

نصف الربح ، ويقول صاحب المال: ثلثه ، وأما أصل مقدار الربح ، فالمضارب أمين فيه والله أعلم .

٥٥٥٥٥٥

باب في شركة العنان

وشركة العنان هو أن يشترك الرجلان أو أكثر في شيء بعينه وشيء

باب في شركة العنان

قوله : في شركة العنان ، قال شيخنا رحمه الله : قدمها لأنها صحيحة بالإجماع ، وهي بكسر العين مأخوذة من عنان فرسي الرهان لأن الفارسين ، إذا استبقا تساوى عنان فرسيهما ، فاستواؤهما كاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح ، وقيل : من عنّ الأمر إذا ظهر ، لأن جوازها ظاهر ، وقيل مأخوذ من عن الأمر ، اعترض لاعتراض تلك الأحكام من ولاية الفسخ والتصرف وغيرهما ، كما قاله المصنف وعلى قول المصنف رحمه الله تعالى : يضبط بفتح العين كذا رأيت ، ثم رأيت بعد ذلك في نسخة صحيحة من الإيضاح وقولهم ، شاركهم به شركة عنان ، أي اشترك فيه ، فضبط العين بالكسر فليراجع انتهى . وأقول العجب من شيخنا رحمه الله ، من أين رأى في كلام المصنف رحمه الله ، ما يدل على أنه يضبط بفتح العين قال في الصحاح : وشركة العنان أن يشتركا في شيء خاص دون سائر أموالهما كأنها عنّ لهما شيء واشترياه مشتركين فيه الخ . فضبط كلا من الشركة والعنان بالكسر ، والشركة بالكسر مصدر شركة قال في الصحاح : وشركته في البيع والميراث أشركه شركة والإسم الشركة الخ .

خاص دون غيره، مأخوذ اسمه من عنّ لهم الأمر، أي اعترض لهم الأمر، وقد اتفقوا على جوازها إذا كانت أمثالاً متساوية من جنس واحد من الدنانير والدراهم، وإن كان مال أحدهم دنانير والآخر دراهم، فقد اختلف أصحابنا في ذلك على وجهين: منهم من رآه جائزاً ويرجع كل واحد منهم إلى رأس ماله ويأخذه إذا أراد المفاضلة ويقسمان الفضل، وقال بعض: إن هذا لا يجوز، لأن الشركة لا تكون إلا متساوية من جنس واحد، وما ذهب ذهب، وما حصل فلهما، وكذلك أيضاً تجوز بغير الدنانير والدراهم إذا كانت من جنس واحد، وتساوى ما لكل شريك إذا أحضراه، وكان مضبوطاً بالكيل والوزن، مثل الحبوب إذا كانت من جنس واحد متساوية في القدر والثمن وما جرى هذا المجرى،

قوله: وما ذهب ذهب، أي عليهما من غير تفاوت، وما حصل أي من الفائدة من غير تفاوت أيضاً لتساويهما بخلافه عن الأول، فإنهما يقسمان الفضل بعد أن يأخذ كل واحد منهما رأس ماله، لكن الظاهر العكس في التفريع، فإنه إذا كان ما ذهب ذهب، وما حصل فلهما يكون أولى بجوازها، ورجوع كل واحد منهما إلى رأس ماله أولى بعدم جوازها والله أعلم فليحرر.

قوله: والثمن، كأنه أراد بالثمن القيمة، قال شيخنا: خلافاً للشافعية حيث لم يشترطوا التساوي في القيمة على الصحيح عندهم، قالوا: فإذا اختلفت كما إذا كان قفيز هذا يساوي عشرة، وقفيز هذا يساوي خمسة فهما شريكان مثالثة انتهى.

وفي الأثر : قلت: هل تجوز الشركة فيما لا يتساوى مثل الحيوان والثياب؟ ومثل ذلك من الأمتعة التي لا تضبط لا بالكيل ولا بالوزن ، قال : لا فقد دل هذا من قولهم أن من شرط هذه الشركة التساوي والجنس والخلطة ، أعني أن يحضر كل واحد منهما ماله ويخلطاهما جميعاً ، أما التساوي فلعلهم إنما ذهبوا إليه التفاتاً إلى العمل ، لأن العمل في الغائب لا يكون إلا متساوياً ، فإذا لم يكن المال بينهما على التساوي كان هناك

قوله : مثل الحيوان ، أي لعدم الخلط في ذلك .

قوله : قال لا ، أقول خلافاً لمالك ، فإنه ذهب إلى جوازها في جميع العروض إذا استوت قيمتها سواء كانت من جنس ، أو أجناس .

قوله : والجنس ، أي بشرط أن يضبط بالكيل ، أو الوزن .

قوله : أن يحضر كل واحد منهما ماله ويخلطاهما ، أي بحيث لا يتميزان ، قال شيخنا رحمه الله : هذا شرط في صحة العقد ، فيعتبر تقدمة على قولهما اشتركنا ، وعلى الإذن ، وهل تحتاج إلى الصيغة قياساً على البيع ، أو لا تحتاج بل تحصل بمجرد الخلط بناء على أن البيع ينعقد بما يدل على الرضا قياس المذهب الأول انتهى .

قوله : أما التساوي الخ . علله بعض الشافعية ، ممن اشترط التساوي ، بأن الربح يحصل بالمال والعمل ، فكما لا يجوز الإختلاف في الربح مع التساوي في المال ، لا يجوز الإختلاف في المال مع التساوي في العمل .

قوله : فإذا لم يكن مالهما متساويا الخ . هذا مفرع على أنه لا يشترط

غبن على أحدهما في العمل والله أعلم . فإن لم يكن مالهما متساوياً مثل إن كان رأس مال أحد الشريكين ألف درهم ، ورأس مال الآخر خمس مئة درهم ، وشرطا أن الربح بينهما سواء فهما على شرطهما لقوله عليه السلام: (المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً) ، وقال بعض : إنما يقسمان على أموالهما ، لأن الأرباح تابعة لرؤوس الأموال كالوضيعة ، وعلى القول الأول : لعله إنما جعل لصاحبه جزءاً من الربح لفضل عمله على عمله هو ، لأن الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك ، ويكون ذلك الجزء من الربح مقابلاً لفضل عمل صاحبه على

التساوي في قدر المالين ، وهو الظاهر والله أعلم . لأنه لا يحصل هناك ضرر بعد الرضا والله أعلم .

قوله : فهما على شرطهما الخ . ينظر حكم ما لو تساوى رأس مالهما ، وشرط أحدهما التفاوت في الربح ، هل له ذلك ، وهو ظاهر كلامه واستدلاله بالحديث فإنه في الصورتين ، شرط أكثر مما يخص ماله ، أو ليس له ذلك عند التساوي ، وإنما الخلاف فيما إذا لم يتساويا ، وذهب مالك إلى أن الشركة تفسد بشرط التفاوت في الربح ، ويفسخ العقد قبل العمل ، وإن عملا قسم الربح على المالين ويرجع به إن قبض ، ولكل واحد أجر عمله على الآخر والله أعلم .

قوله : إنما يقسمان على أموالهما، يعني ولو شرطا التساوي، وظاهر كلامه بعد يدل على اختيار القول الأول .

قوله : مقابلاً لفضل عمل صاحبه على عمله الخ . ظاهره أنه لا يكون ذلك

عمله هو ، ألا ترى إلى المضارب إنما استحق الجزء من الربح بالعمل لا غير ، والله أعلم . وإن لم يكن بينهما شرط فالربح والوضيعة والدين على رؤوس الأموال والله أعلم. وكذلك أيضاً إن اشتريا دابة وقد تساويا في الثمن على أن يخدمها أحدهما ويكون له من نسلها وخدمتها وما زاد على ثمنها إذا باعها الثلثان ولشريكه الثلث فذلك جائز ، وذلك الفضل من الربح مقابل لعمله ، وكذلك أيضاً إن اشتركاها أثلاثاً على أن يخدمها صاحب الثلث ، ويكون له من الربح النصف على هذا المعنى إن باع

الجزء مقابلا ، إلا إذا زاد عمل صاحبه على عمله ، مع أن الظاهر ، أن المقابلة للعمل تحصل ولو تساوى عملها كما هو ظاهر ، وذلك لأنه لا ينوبه من العمل إلا الثلث حيث كان له في المال الثلث فقط ، فإذا تساويا في العمل ، فقد زاد عما يلزمه ، ويحتمل أن تكون هذه الصورة من مشمولات كلام المصنف رحمه الله ، لأنها إذا تساويا في العمل صدق عليها ، أنه فضل عمل صاحبه على عمله ، حيث عمل أكثر مما يلزمه والله أعلم فليحرر .

قوله : وما زاد على ثمنها الخ . يؤخذ منه ، أنه لو اشترط جزءاً من الثمن إذا باعوها ، لم تجز تلك الشركة لأنه سيأتي قريباً أنها بمنزلة المضاربة ، وقد تقدم أن المضارب ، إذا اشترط جزءاً من رأس المال فسدت المضاربة والله أعلم فليحرر .

الخادم سهمه من الدابة فإنه يدرك على شريكه ما نابه من الربح ، وكذلك إن باع شريكه يعطيه ما نابه من الربح إن كان وإن لم يكن ربح على ما اشتريا به فليس له شيء ، لأن هذا بمنزلة المضاربة والله أعلم . وإن شرط الخادم أن كل ما خدم بهذه الدابة في بلد معلوم من الخدمة هو له دونه ، أعني شريكه، فهما على شروطهما ، وقد ذكر في الأثر : إن كان الشرط بين الشريكين أن لأحدهما من الربح كذا وكذا ، ثم الباقي من الربح بينهما فهما على شروطهما ، وأما اشتراط الجنس فلأنه إذا كانت

قوله : فإنه يدرك على شريكه ما نابه من الربح ، كأنه أراد أنه ينظر ما ظهر في الثلث من الفائدة ، فيقوّم الثلثان الباقيان ، فيأخذ نصف ربح ما ظهر في الجميع ، فصار يدرك على شريكه سدس ما ظهر في الجميع ، على حسب اتفاقهما ، وظاهره أن هذا صحيح ، وإن لم تكن المدة التي يقوم بها معينة والله أعلم .

قوله : إن كل ما خدم بهذه الدابة في بلد معلوم الخ . الظاهر أنه لا بد من تعيين هذه المدة في كل منهما كما هو ظاهر والله أعلم .

قوله : وقد ذكر في بعض الأثر الخ . جعل المشاركة في هذا مخالفة للمضاربة ، كما تقدم وأن مثل هذا الشرط يفسدها والله أعلم .

قوله : وأما اشتراط الجنس ، أي المضبوط بالكيل والوزن ، فحذفت الصفة للعلم بها مما بعدها ، أعني قوله التي لا تضبط الخ . والله أعلم .

الشركة في الأشياء التي لا تضبط بالكيل والوزن صار رأس مال كل واحد منهما مجهولاً ، فإذا فعلا فإنهما يقسمان على قيمة أموالهما فيما يوجبه النظر والله أعلم .

قوله : على قيمة أموالهما ، ينظر هل المراد القيمة يوم المشاركة ، أو يوم الإنفصال ؟ والظاهر الأول والله أعلم فليحرر .

●●●●●●

باب في شركة المفاوضة

وشركة المفاوضة هو أن يكون مال كل واحد منهما مثل مال صاحبه في الإباحة له ، وإن كانت فائدة من ربح أو هدية فهي بينهما إلا الميراث فإنها لا تدخل في ذلك باتفاق ، لأن الميراث ليس من كسبهما ،

باب في شركة المفاوضة

قوله : مثل مال صاحبه في الإباحة له ، وإن كانت فائدة الخ . ينظر ، هل هذا ماش على أن الشركة في الفائدة فقط ، وأن الأصل لم يقع فيها الاشتراك ، بل كل واحد منهما أباح لصاحبه التصرف في ماله من غير شركة ، ومهما قسم الله من الربح يكون بينهما ، وهو المتبادر من ظاهر العبارة ، أو هو ماش ، أن شركة المفاوضة لا بد من اشتراك الأصل فيها ، وأنها بمنزلة البيع كما سيأتي عن الربيع رحمه الله ، وهو المتعارف بين الناس في شركة المفاوضة والله أعلم فليحرر .

قوله : أو هدية ، لعل المراد هدية الثواب ، لأن ثوابها يعطى من المال المباح بينهما ، وأما هدية غير الثواب فإنه ينفرد بها من أعطيت له ، كما يؤخذ من كلامه فيما سيأتي والله أعلم .

قوله : إلا الميراث ، وكذا الدية والمهر الخ . ظاهره أنه تستمر شركتها ،

وكذلك الدية والمهر لا تدخل في ذلك ، والمأخوذ إسم المفاوضة من أفاض كل واحد منهما لصاحبه بما عنده كما يقال للرجلين إذا اشتركا في الحديث متفاوضان ، وفي الأثر : وإذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة ولأحدهما ألف درهم وللآخر أكثر من ذلك ، فإن ابن عبد العزيز يقول: ليست هذه بمفاوضة وبه نأخذ ، وكان الربيع يقول : هذه مفاوضة والمال بينهما نصفان ، فهؤلاء يدل قولهم أنها تجري عندهم مجرى البيع فكأن كل واحد منهما باع جزءاً من ماله بجزء من ماله بجزء من مال شريكه ،

إلا أنه لا يدخل ما ذكر لكن سيأتي قريباً ، أن هـــذه الأشياء إذا دخلت لأحدهما انفسخت بها عقدتها والله أعلم .

قوله :يقول ليست هذه بمفاوضة ، كأن ابن عبد العزيز ومن وافقه يرون أن المفاوضة ، إنما هي في الفائدة فقط ، فيلزم الغبن من جانب أحدهما ويحتمل أنها في الأصل أيضاً لكن فيه أن اشتراط التساوي ، إنما هو في شركة العنان على ما فيه. اللهم إلا أن يقال: أجروا ذلك في شركة المفاوضة ، إلا أنه إن وقعت في شيء خاص ، فهي عنان وإن كانت في جميع ما يملك ، فهي مفاوضة والله أعلم فليحرر .

قوله : فهؤلاء يدل قولهم الخ . الظاهر والله أعلم أن المناسب أن يقول : فهذا يدل قوله الخ . يعني الربيع، اللهم إلا أن يراد الربيع والذين وافقوه، وإن لم يذكرهم هنا والله أعلم .

قوله : فكأن، بتشديد النون من أخوات إن مراداً بها الظن .

ويقع هذا في جميع أنواع المتملَّكات على هذا القول ، وكأن الشافعي يرى أن شركة المفاوضة باطلة لا تجوز ، لأن اسم الشركة يطلق عنده على اختلاط الأموال ، وأن الأرباح فروع ، فلا يجوز الفروع أن تكون مشتركة إلا باشتراك أصولها عنده ، والذي يدل إليه قول أصحابنا أن بعضهم جعلها بمنزلة البيع كما ذكرنا ، وبعضهم جوَّزها في الفوائد والفروع

قوله : لأن إسم الشركة يطلق عنده على اختلاط الأموال الخ . ظاهر هذا الكلام يقتضي أن أصحابنا يقولون : بأن شركة المفاوضة في الأرباح دون الأصل مع أن هذا قول لبعض أصحابنا فقط ، كما يؤخذ من كلامه رحمه الله ، وأما بعضهم فيشترطون الشركة في الأصول ، وظاهر التعليل الذي ذكره عن الشافعي يقتضي أنه يوافقهم ويسميها حينئذ شركة مفاوضة ، مع أن ظاهر كلامه في النقل عن الشافعي أولاً أنه أبطلها من أصلها ، وأنه لا توجد عنده شركة المفاوضة والله أعلم فليحرر . ثم ظهر آخر كلامه شركة المفاوضة ، إنما تبطل عنده إذا كانت في الربح دون الأصل ، وهو ظاهر كلام بعض أصحابنا والله أعلم فليحرر .

قوله : كما ذكرنا ، أي عن الربيع كما هو المتبادر ، فإنه لم يجعلها بمنزلة البيع إلا على قوله : وعليه فرعه وأما غير الربيع وموافقيه ، فيجوزونها في الفائدة ، وإن لم تشترك الأصول وهو ابن عبد العزيز ومن وافقه مثلاً ، وهذا القول هو المتبادر من قوله في صدر التعريف : وإن كانت فائدة من ربح ، أو هدية ، فهي بينهما فيكون قوله : وبعض جوزها الخ . إشارة إلى ما تقدم غير ما ذهب إليه الربيع ومن وافقه ، ويحتمل أن المراد بقوله كما ذكرنا جميع ما تقدم وأنه كله يدل على أنه لا بد من المشاركة في الأصول ، وذلك يستلزم

وإن لم يشترك أصولها والله أعلم . وفي الأثر : وقال الشيخ رحمه الله : إن مسألة نزلت في دجى؛ رجل تزوج امرأة في الشدة ولها مال ، وله هو أيضاً مال وعنده عبد ، فباع عبده واشترى آخر ، فادّعت المرأة في العبد أن لها فيه فجاء إلى غرابة أهل دجى ، فقالوا : إنما عندنا في هذا أنه باع عبده واشترى آخر من ثمنه وأكل ما بينهما ، فقلت لهم : أخبروا لأبي عبد الله هكذا أو قلت لهم أيضاً : لا تدرك عليه شيئاً إلا إن كان من يقول : إنما كان عندنا إنما اشترى من الثمار الذي بينهما ، وقد قال أهل دجى : لا نعرف لها ثماراً في هذه الثلاث سنين، وجعل لها أبو عبدالله البغطوري أن يدرك عليه سهمها في العبد حين كان لها الأصل ، فالزوجان على هذا القول كالمتفاوضين يشتركان في الفائدة على قيمة أصولها ، وعند بعض :

أن يكون بمنزلة البيع وأن قوله : وبعض جوزها الخ . لم يتقدم له ذكر ، بل استدل له بعد بآخر كلام الأثر ، والله أعلم بالمراد فليحرر .

قوله : كالمتفاوضين الخ . فيه أن المتفاوضين، أقل مراتبهما الإشتراك في الفائدة من غير تفاوت ، اللهم إلا أن يقال: المشبه لا يقوى قوة المشبه به من كل وجه ، ولذلك يشترك الزوجان في الفائدة على قيمة أموالهما ،فيتحصل من كلامه أولاً وآخراً أن المتفاوضين على ثلاثة أقسام : قسم إشتركا في الأصل والفائدة من غير تفاوت ، وقسم اشتركا في الفائدة فقط من غير تفاوت ، وقسم اشتركا في الفائدة فقط ، لكن على قيمة أصولها ، ويؤخذ من كلامه فيما سيأتي قول رابع: وهو الاشتراك في الأصل مع جواز التفاوت ، كأنْ يكون لأحدهما

أنهما لا يكونان شريكين في الفائدة إلا إن خلطا غلة أموالهما ، وفي الأثر في جواب الشيوخ : وذكرت مسألة ميمون بن مؤمن وامرأة ابن عمه وما ادعت من أنها شريكة له في الشعير ، وما بلغوا لك عزابة أهل دجى فلم أفهم ما يزيحها عن الشركة في الشعير على قياد قول العزابة : وأما ما ذكرت أن تكون له شريكة في جميع الأشياء بهذا القول ، فإنما تجب الشركة عندي فيما سموا وبلغوا عليه ، وإن قال العزابة إن أندرهم ومنشرهم ومعصرتهم واحد في حياة زوجها ، فذلك عندي يثبت بينهما الشركة في جميع ما شنعوا واستفادوا من المال على قدر أموالهم ، وأما لم يذكروا إلا الزرع فتثبت لها الشركة في الزرع والله أعلم . في الفائدة إن كان تدرك منها ما ينوب الأندر أم لا ؟ والأحسن إذا أراد أن يتفاوضا أن يهب كل واحد منهما لصاحبه نصف ماكان في يده من المال فيكونان عقيدين ، فكل ما سعياه بعد ذلك فهو بينهما نصفان ، وإن اتفقا أن

الثلثان والآخر الثلث ، والظاهر أن الفائدة حينئذ تكون مرتبة على ذلك والله أعلم فليحرر .

قوله : لا يكونان ، أي الزوجين .

قوله : أن يهب كل واحد الخ . فالهبة في الحقيقة مقدمة على المفاوضة ليتحقق التساوي .

قوله : فكل ما سعياه بعد ذلك فهو بينهما نصفان ، أي كما أن أصلها كذلك .

يكون بينهما أثلاثاً أو أرباعاً فهو جائز على ما ذكرناه في شركة العنان ، وفي الأثر : وإنما يكونان العقدين إثنين ، وقيل إلى ثلاثة ، ولعلهم إنما ذهبوا إلى ذلك ، لأن النصف والثلث معروفان ، وأقل ذلك من الأجزاء غير معروفة عند العامة ، وإذا كانت مجهولة فالجهل يؤثر في الشركة ، ولا تجوز معه والله أعلم . ولا يعقد الرجل إلا مع من تجوز أفعاله من العقلاء البالغين الأحرار والعبيد بإذن ساداتهم ، فإذا تمت عقدة العقيدين فهما بمنزلة رجل واحد فكل ما سعياه فهو بينهما ، ولا تنفسخ عقدتهما إلا إن دخلت لأحدهما ميراث أو دية إذا جرح أو قتل وليه أو صداق إذا كان أحدهما امرأه وتزوجت ، لأن هذه الوجوه ليست من سعيهما ولو تبرأ من دخل إليه أحد هذه الوجوه من ذلك فلا ينفعه ولو كان أحد العقيدين وعقدتهما منفسخة مع ذلك ، وكذلك إن اقتسما شيئاً من أموالهما

قوله : وقيل إلى ثلاثة ، يعني في العقدة التي صدرت بالإختيار .

قوله : غير معروفة عند العامة ، يعني فطرد الباب ويحتمل أنه إذا عرفت جاز لأن الحكم يدور مع العلة وجوداً أوعدماً .

قوله : لأن هذه الوجوه ليست ، الأحسن أن يقول : هذه الأوجه لسن لأنه جمع قلة والأفصح فيه المطابقة .

قوله : ولو كان أحد العقيدين ، لعل في النسخة سَقطاً أو تحريفاً فليراجع .

ولو كان شيئاً يسيراً ، ولو اقتسما قرصاً أو اللحم في الطبق فقد انفسخت عقدتهما لأنهما حينئذ ليسا بشريكين في جميع أموالهما ، لأن من شرط هذه الشركة العموم ، واختلفوا أيضاً : إذا أصاب أحدهم كنز الأولين ، هل هو له خاصة أو هو بينهما ، والذي يدل عليه قول من ذهب إلى أن ذلك له خاصة أن ذلك من أحـــد الفسوخ التي تفسخ عقدتهما كالدية والصداق ، وكذلك أيضاً إن وهب لأحدهما شيء لغير سبب ذلك المال، فقد ذكر في الأثر : أنه هو له خاصة وما أفسد أحدهما في أموال الناس

ولعل المراد أن عقدتهما تنفسخ بذلك على كل حال ، سواء تبرأ من ذلك أم تبرع أحدهما الآخر بنصف ذلك مثلاً ، أو وهبه ، أو نحو ذلك ، ويحتمل أن المراد ولو كان أحد العقيدين هو الجاني والمصدق مثلا ، فتبرأ له رفيقـــه من ذلك ، ويحتمل أن التقدير ، ولو كان المتبرىء إليه أحد العقيدين والله أعلم فليحرر .

قوله : فقد انفسخت عقدتهما، لعل المراد العقدة التي انشآها باختيارهما،لأن الكلام فيها ، وأما عقدة من عقدت لها الشركة من قبل والدم ، فإنه ينظر هل تنفسخ بهذا كله أو لا تنفسخ إلا بالقسمة ، وهو الظاهر من كلامه الآتي حيث قال: صارت الشركة بالميراث قاعدة لهم بعد الموت،ما لم تعرف لهم قسمة اللهم إلا أن يراد بالقسمة ما يشمل مثل هذا والله أعلم فليحرر . ثم رأيت في كلامه بعد الجزم بهذا حيث قال: وإن اقتسموا شيئاً إلى أن قال:ولو لم يقتسموا إلا الخبز في القصعة لأنه يمكن أن تكون تلك الفائدة من حصته تلك الخ. وأما الهبة والميراث والدية والصداق ، فإنه لا تنفسخ عقدة من عقدت، لهم الشركة بذلك كما سيأتي والله أعلم .

ودمائهم فأعطاهم من ذلك المال ، فإنه يدرك عليه صاحبه ما نابه من قيمة ذلك ، وكذلك إن أعتق أحدهما عبدهما أو كان ذا محرم منه فخرج به حرآ أو تزوج أحدهما بامرأة فأصدقها من ذلك المال ، فإنه يدرك عليه صاحبه ما نابه من قيمة ذلك إذا انفسخت عقدتهما ، وكذلك بالجملة ما جعله من ذلك المال في منافعه خاصة على هذا الحال، وكل ما باع أحدهما دون الآخر فهو جائز ، فيدرك كل واحد منهما معاملة صاحبه ويتقاضيا ديونهما ، وكذلك معاملة صاحبه في ذلك المال تدرك عليه ، وإن أذن أحدهما لعبدهما في التجارة ، فذلك جائز كما يجوز بيعه وتجارته في ذلك

قوله : من قيمة ذلك ، يعني عند الإنفصال كما يبينـــه بعد ، وأراد بالقيمة ما يشمل المثل والله أعلم .

قوله : في منافعه خاصة ، لأنه أراد به مما لا يصح فيه الاشتراك ، فـــلو اشترى جارية من مال المفاوضة ، ونواها لنفسه لا يجوز له تسرّيها لأنها من مالهما، ويصح فيها الإشتراك ، ولأن تسريها يقتضي الاختصاص بها ، وقد تقدم أن من شرط هذه الشركة العموم ، وأنه متى امتاز أحدهما بمال انفسخت عقدتهما ، وأيضاً ظاهر قوله الآتي: ولا يتسرى أحدهما أمتهما، شامل لهذه الأمة، ويحتمل أنه أراد بالأمة التي لا يتسراها الأمة التي اشتريت للشركة فقط ، وأما لو نواها لنفسه فيتسراها مثلاً ، فتكون داخلة في عموم قوله في منافعه خاصة والله أعلم فليحرر . فإنه في غاية الخفاء عندي ، وليس لي مادة هنا يشفي منها الغليل والأحوط تجنب مثل هذا والله أعلم .

المال لأنهما بمنزلة رجل واحد في جميع منافع ذلك المال ، وعلى ذلك وقعت عقدتهما ، وإن أذن أحدهما لمن يحدث عليهما مضرّة فأحدثها فهي ثابتة عليهما ، وإن وهب أحدهما لصاحبه بعض حصته فعقدتهما ثابتة ، فهذا يدل من قولهم أن عقدتهما جائزة ، ولو تفاضلا في رؤوس أموالهما كشركة العنان في قول بعضهم ، وإن وهب ذلك البعض لغير صاحبه صار لهما شريكاً ويأخذهما على القسمة إذا كانت تمكن والله أعلم. ولا يتسرى أحدهما أمتهما لأنهما شريكان، وكذلك فعل أحدهما في تزويج أمتهما وفدائها والتزويج والطلاق والمراجعة على عبدهما دون أمر صاحبه غير جائز ، لأنهما شريكان ولا تقتضي عقدتهما جواز ذلك .

قوله : في جميع منافع ذلك المال الخ . فعلى هذا لا يجوز أن يطعم أحداً شيئاً ، أو يعطيه إلا بإذنه إن لم يكن في ذلك منفعة للمال والله أعلم فليحرر .

قوله : ويأخذهما على القسمة الخ . ينظر هل المراد إذا أراد ذلك أو لا بد منها لئلا تزيد شركة المفاوضة على ثلاثة ، وقد تقدم منع ذلك ، وإنما زادت هنا على ثلاثة لأن الحصة الموهوبة أقل ما تصح من أربعة ، والظاهر الأول والله أعلم فليحرر ، ويحتمل أنه إنما يأخذها على القسمة لانفساخها حين انفرد الداخل بمال ، إن كان له غير ما وهب له والله أعلم .

قوله : دون أمر صاحبه ، الظاهر أنه إذا فعل أحدهما دون أمر صاحبه ، وأجاز الفعل بعد ذلك صحّ، قياساً على تزوج العبد بغير أمر سيده ، وأجاز له السيد الفعل قبل المسيس والله أعلم فليراجع .

وكذلك لا يستتم أحدهما بسهم صاحبه في زكاة الذهب والفضة كالشركاء والله أعلم .

مسألة :

قال أبو محمد في كتابه : إختلف أصحابنا في شركة الأبدان على قولين : فأكثرهم أجازها ، وبعضهم لم يجوزها ، وهذا الإختلاف واقع بين المخالفين ، والنظر يوجب عندي فساد ذلك ، لأن الأفعال لا تقع بها المشاركة ، لأن الشركة إنما تمكن وتصح أن يحكم بجوازها إذا كانت في أعيان الأموال ، وأما في مال وعمل بدن فغير ممكن أن يحكم بجوازها والله أعلم . ومن ذهب إلى جواز ذلك من أصحابنا فأظنهم يريدون

قوله : في مال وعمل بدن الخ . الظاهر أن هذا ليس موضوع المسألة ، فإن موضوعها أن الإشتراك في عمل الابدان فقط ، وأما الاشتراك في المال يحمل البدن ، فالظاهر أنه داخل في شركة المفاوضة ، إن قلنا إن عمل البدن شامل للتصرف في ذلك المال ، وما يحصل به إنماؤه ، وإن قلنا أراد بعمل البدن صنعة اليدين ، وهو المتبادر ، فهو قسم آخر من الشركة لأن الشركة حينئذ ، إما في الأموال فقط ، وهو ما تقدم ، وإما في عمل الأبدان فقط ، وهو موضوع المسألة ، وإما فيهما معاً ، وهو المذكور هنا ، وظاهر كلام أبي محمد رحمه الله ، أن هذين القسمين غير جائزين ، لكن المناسب أن يقول : وأما في مال وعمل بدن ، أو في عمل بدن ، فغير ممكن الخ . فليراجع وليحرر والله أعلم .

جوازها بطريق القياس على مشاركة المضاربة والمساقاة في الأموال والله أعلم . وأظن من جوّز هذه الشركة جوزها ، سواء كانت في عمل مخصوص،أو غير مخصوص،والمخصوص مثل أن يشتركا فيما سعيا من صنعة ما، أو من صنعة ما وصنعة ما، مثل أن يكونا خرازين جميعاً أو حدادين أو خياطين

قوله : على مشاركة المضاربة والمساقاة ، يعني فإنهما مال وعمل لكن لقائل أن يقول : هذا قياس مع الفارق ، فإن المقيس عليه مال من أحد الجانبين، وعمل من الآخر ، والمقيس عمل فقط من الجانبين كما يدل عليه موضوع المسألة، وسياق الكلام بعد ، ويحتمل أن المقيس هو قوله : وأما في مال وعمل بدن ، وأن الإشتراك في العمل فقط ، ثم عند قوله : لأن الأفعال ، إلى قوله : في أعيان الأموال، لكن ينظر ، ما معنى الإشتراك في مال وعمل بدن، هل المراد أن كل واحد منهما له مال وصنعة يد فيشتركان في كل منهما ، أو المراد أن المال من أحدهما ومن الآخر صنعة اليد ، فيشتركان هذا بماله وهذا بصنعة يده إلى أن تنفسخ عقدتهما ، فيقسمان بالسواء وهو مقتضى القياس على المساقاة والمضاربة ، ويكون قوله : وأظن من جوز هذه الشركة الخ . مستأنفاً راجعاً لموضوع المسألة ، وهو المشاركة في عمل البدن بعد تمام الكلام على ما يتعلق بالمشاركة في مال وعمل بدن ، إلا أن المناسب أن يقول مثلاً : وأظن من جوّز الشركة في الأبدان أو نحو ذلك ، والله أعلم . ويحتمل أن المراد بالمال الذي وقع فيه الإشتراك هنا هو المال الذي يترتب على عمل البدن ، فإنه يصدق عليهما الخ . أنهما اشتركا في مال وعمل بدن ، فيكون الكلام حينئذ راجعاً لموضوع المسألة .

قوله : من صنعة ما الخ . الأولى من صنعة كذا الخ. كما هو ظاهر من التمثيل والله أعلم .

أو خياطين أو صيادين أو أحدهما خراز والآخر خياطاً أو بناء أو صياداً أو ما أشبه ذلك مما يختلف فيه صنعتهما يشتركان فيما سعيا منهما والله أعلم. وغير المخصوص، إنما يمكن إذا لم يكن بينهما مال، يشتركان في جميع ما سعيا من غير تخصيص بصنعة ولا عمل، وفي الأثر : وعن العقيدين كيف يكونان، قال : مثل رجلين انكسرت بهما سفينة فخرجا إلى شاطىء البحر، فاتفقا أن كل ما فضل الله به عليهما فهو بينهما أو يعطي كل واحد منهما نصف ما في يده لصاحبه من المال، فإن كل ما سعياه بعد ذلك فهو بينهما نصفان، وإن اتفقا أن يكون بينهما أثلاثاً أو أرباعاً فجائز، والله أعلم.

قوله : فضل، أي يفضل.

٭٭٭٭٭٭

باب آخر في الشركة

وفي الأثر : وإذا لم يعرف للرجل شيئاً من المال وقد ثبت عليه الافلاس أو لم يثبت ، وقد كان له أولاد فتفرقوا في البلاد ، وقدم كل واحد منهم بطائفة من المال فوالدهم هو القاعد فيما في أيديهم جميعاً ، وإنما جعلوا الوالد هو القاعد فيما في أيدي أولاده فيما يوجبه النظر ، لأن الأصل أنهم خدماء لأبيهم ، وما في يد الخديم الذي هو على هذه الصفة ، فالقاعد فيه المستخدم كالعبيد مع ساداتهم ، وأعظم من هذا قوله عليه السلام : (أنت وما لك لأبيك)[1]،فثبت بهذا أن ما في يد الولد القاعد فيه أبوه في ظاهر الحكم إلا إذا أحازه الأب عن نفسه، ومعنى الإحازة أن يعطيهم

باب آخر في الشركة

قوله : في ظاهر الحكم ، يعني وأما فيما بينه وبين الله ، فما في يده له ، دون كل أحد لأنه ليس بعبد، فما سعى فهو له ، وليس للوالد في الحقيقة في مال ولده إلا ما يقوم به من النفقة والكسوة ونحو ذلك، بدليل أنهم ذكروا في باب الزكاة

---

(١) تقدم ذكره .

أبوهم من ماله شيئاً ويجزيهم عن نفسه ، ويقول لهم أو لواحد منهم بعد ما

أنه يجوز للرجل أن يدفع زكاته لولده البالغ ، قال بعضهم : وإن لم يجـــزه على نفسه فلو كان هو القاعد في مال ولده وله انتزاعه لكان بمنزلة من يدفع لنفسه ، وبدليل أنهم قالوا، لا تلزمه نفقة ولده البالغ ، فلو كان كالعبد مع سيده للزمته نفقته وليس كذلك ، والله أعلم . لكن تأويل السؤالات يدل على أن الوالد له مال ولده حقيقة وحكماً حيث قال في نيابة حروف الخفض بعضها عن بعض : أنت ومالك لأبيك ، أي من أبيك لأن الوالد أصل ، والولد فرع والمال فرع الفرع اهـ . وحمل قومنا الحديث على غير هذا ، قال العلقمي في حاشيته على الجامع الصغير : وسببه كما في ابن ماجة عن جابر بن عبد الله ، (أن رجلاً قال يا رسول الله : إن لي مالاً ووالداً ، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي ، فقال : أنت ومالك لأبيك)قوله يجتاح مالي ،بمثناة تحتية ثم جيم فمثناة فوقية فألف فحاء مهملة قال شيخنا : أي يستأصله ، قال الخطابي : ويشبه أن يكون ذلك، إنمـــا هو بسبب النفقة عليه ، وأن مقدار ما يحتاج إليه من النفقة عليه شيء كثير لا يسعه عفو ماله والفضل منه ، إلا بأن يجتاح أصله ويأتي عليه ، فلم يعذره النبي ﷺ ولم يرخص له في ترك النفقة ، وقال له : أنت ومالك لأبيك ، على معنى أنه إذا احتاج إلى مالك أخذ منه قدر الحاجة كما يأخذ من مال نفسه ، فأما أن يكون أراد إباحة ماله بحيث يجتاحه ويأتي عليه لا على هذا الوجه ، فلا أعلم أحـــداً ذهب إليه من الفقهاء ، انتهى ، قال الدميري : وهذا الحديث رواه الخلال من طرق كثيرة وفي بعضها عن جابر الخ . ما أطال فليراجـــع ، وسيأتي في كلام المصنف رحمه الله ، في باب ما يكون على المرتهن من الحقوق ما يدل على هذا حيث قال : والأصل في هذه المسألة ، أن الوالد إذا أخذ شيئاً من مال ولده لحوائجه فما لم يتصرف فيه فهو موقوف على الولد المنزوع منه ، لأن المباح للوالد من مال ولده قضاء الحاجة الخ . فليراجع . ثم رأيت أيضاً في كلام الضياء ما هو صريح في هذا حيث قال بعد كلام طويل ما نصه : وقد إجمع الناس أن

يعطيه ذلك الشيء : أحزتك بهذا الشيء عن نفسي فكل ما سعيت فهو لك ليس لي فيه شيء ، فإذا فعل ذلك فيصير لكل واحد منهم بعد ذلك ما استفاد من المال ، ولا تجوز الإحازة للطفل ولا للمجنون إلا أن يحيزهم

قول النبي ﷺ : أنت ومالك لأبيك، أن هذه اللام ليست بلام تمليك ولو كانت لام تمليك ما حدّ رجل في ابنته والحد في الإبنة واقع ، وإن أضيفت إلى الأب فالإضافة لا ترفع الحدود، إلى إن قال : فإن رجع بالسؤال علينا فقال: فما فائدة الخبر ؟ قيل : هذا خبر يجب أن يصرف إلى جهة لا يلحقها التناقض والكذب ، ومن حمله على تمليك فالأمّة دافعة له عن ذلـك ، يقول : إن معنى قوله ﷺ أنت ومالك لأبيك، أراد بذلك ـ والله أعلم ـ إن احتاج إلى خدمتك فمليك أن تخدمه، ومالك إن احتاج إليه فمليك الإنفاق عليه منه الخ،ما أطال فيه،فذكر أن المراد بهذا الحديث التفرقة بين الأب والأجنبي عند الإعسار دون الإيسار ، ثم ذكر ما ذكره في السؤالات من أن اللام بمعنى من ويفهم منه غير ما فهمناه من السؤالات بل المراد منه الحث على بره في حال اليسر على جهـــة الاستحباب نظير قوله ﷺ : (أنا والعضباء للعباس) فليراجع، وهذا وجه حسن والله أعلم.

قوله : ومعنى الإحازة أن يعطيهم من ماله شيئاً، ينظر هل يصدق الإعطاء على ما في يد الولد إذا قال له مثلاً : أحزتك عن نفسي بما في يدك أو لا بد أن يدفع له شيئاً بالفعل؟ والظاهر الأول لأن الجميع ماله بحسب الظاهر والله أعلم فليحرر .

قوله : فيصير لكل واحد منهم الخ . يعني ممن أحازه ، يعني ولو أحـــازة البعض وترك البعض فإن من لم يحزه لا يكون له ما استفاد في ظاهر الحكم بخلاف من احازه والله أعلم .

مع إخوانهم الكبار العقلاء بهبة واحدة ، ويقبل الكبير عن نفسه وعلى أخيه الصغير والمجنون ، لأن الصغير والمجنون لا حيازة لهم ولا قبول ، وما استفاد الولد من غير مال والده من الهبة والميراث ، فلا يكون ذلك له إحازة ، ويكون القاعد في ذلك الشيء خاصة ، وكذلك ما وهب له أبوه ولو كان ما وهبه أبوه تسمية من أصله من غير إحازة على هذا الحال حتى يقرّ له بالإحازة بذلك الشيء عن نفسه ، وفي الأثر : وأما إذا اشتركوا أصلاً بالميراث فاستفادوا فائدة ، فادّعى الإبن أن يكون له في

قوله : وعلى أخيه الصغير ، ينظر هل يصح أن يقبل الكبير على الكبير ، إذا كان غائباً مثلاً وأراد والدهم إحازة الجميع؟ والظاهر نعم ،لأن الصغير والمجنون والغائب احكامهم واحدة والله أعلم . وهل يجوز أيضاً أن يقبل الأجنبي للصغير أو للكبير إذا غاب ، ولو لم يكن وكيلاً له ؟ والظاهر نعم إذا وجد القبول والقبض وينظر أيضاً ما لو غاب أحد أولاده مثلاً ، واشهد أنه أحازه على نفسه بما في يده هل يجزي الولد ذلك ويعد قبضه حينئذ لما في يده قبولاً أو لا بد من القبول بالفعل ؟ والظاهر الأول لما فيه من التسوية بين أولاده ، ولأن هذا بمنزلة الهبة ، والهبة يصح فيها القبض ما لم يرجع الواهب أو يمت والله أعلم فليحرر جميع ذلك .

قوله : في ذلك الشيء خاصة ، يعني وغيره يحتاج الولد إلى البيان أنه من ذلك الأصل والله أعلم .

قوله وأما إذا اشتركوا ،أي الأولاد مع الأب ، وهذا الأثر ساقه للمقابلة فإن الكلام السابق يقتضي أن الفائدة للأب ، يعني ما لم يبينها الولد ، وهذا يقتضي

الفائدة مثل نصيبه في الأصل الأول ، فالله أعلم فيها إن كانوا يكونون كغيرهم من الشركاء أو لا ؟ وأما الإبنة إذا زوّجها أبوها أو أخرجها إلى زوجها ، فإن ذلك يكون إحازتها ، لأنها خرجت بذلك من تحت أمره والله أعلم . فإذا ثبت هذا أن الأب هو القاعد فيما في يد أولاده في حياته ما لم يحزهم عن نفسه ، فإذا مات فالشركة لهم ثابتة وهم شركاء فيما في يد كل واحد منهم ، لأنه إذا كان الأب هو القاعد في الحياة صارت الشركة بالميراث قاعدة لهم بعد الممات ما لم تعرف لهم قسمة، وإنسافروا بعد موت والدهم ولم تعرف بينهم قسمة ، فاستفاد كل واحد منهم شيئاً

التوقف ولو تبين ذلك وأنه من الأصل المشترك .

قوله : أو أخرجها إلى زوجها،لعله وأخرجها، كما يدل على ذلك كلامه في باب الزكاة حيث قال: وكذلك بناته البالغات لا يعطيهن حتى يحوزهن عن نفسه في قول بعضهم:وحيازتهن إذا زوّجهن وجلبن أزواجهن طفلات كنّ أو بالغات الخ. فإنه صريح في أنه لا بد من الشيئين جميعاً والله أعلم .

قوله : وإن سافروا بعد موت والدهم ، ولم تعرف بينهم قسمة الخ . هذا ظاهر إذا خلّف لهم شيئاً يشتركون فيه ، وأما إن لم يخلف شيئاً فكيف يشتركون فيما استفادوا بعد موت والدهم لأن حكمه قد انفسخ ، ولم يخلف لهم شيئاً تقعد لهم الشركة وليس أحدهم عبداً للآخر والله أعلم فليحرر . فإنه في الحقيقة في غاية الإشكال ، وربما يرشد إلى ذلك قوله : ولم تعرف بينهم قسمة ، وقد يقال : لا بد من الشركة ، وأقلها ليأسهم والله أعلم .

من المال فهو بينهم على ما ذكرنا في ظاهر الأحكام ، وكذلك إن اشترى أحدهم أصلاً أو حيواناً أو متاعاً أو ما أشبه ذلك فكل ذلك بينهم ، ولو استشهد أنه اشترى ذلك لنفسه دون شركائه فلا يشتغل بقوله؛ لأن الشركة قاعدة لهم ، وأما إن استشهد أنه إنما يشتري ذلك لغيره فذلك جائز ، ويكون الشيء لغيره ، وقوله في ذلك وإقراره قبل الشراء جائز ، وأما بعد فلا ، لأنه إقرار على الغير ، وإن اقتسموا شيئاً من أصلهم أو شيئاً مما اشتركوا من الثمار أو الحيوان أو غير ذلك فلا تقعد لهم الشركة بعد ذلك ، فكل من سعى شيئاً فهو له ولو لم يقتسموا إلا الخبز في القصعة ، لأنه يمكن أن تكون تلك الفائدة من حصته تلك ، وكذلك إن استفاد أحدهم مالاً لنفسه دون شركائه في حياة والده أو بعد مماته من قبل هبة

قوله : لأنه إقرار على الغير ، يعني وهم إخوة .

قوله : لأنه يمكن أن تكون تلك الفائدة من حصته ، ظاهر هذا التعليل يقتضي أنه لا بد أن يتوارى كل واحد بحصته عن رفيقه ، فلو أكل مثلاً كل واحد حصته في موضعه ذلك فلم يقم إلا وليس له شيء منها لقعدت الشركة لهم بعد ذلك أيضاً لأن الفائدة حينئذ من حصته غير ممكنة كما هو ظاهر ، ولعله إنما عدل رحمه الله عن التعليل السابق في المتفاوضين حيث قال : لأن من شرط هذه الشركة العموم الخ . لأن الهبة والميراث ونحوهما لاتنفسخ عقدة العقيدين بخلاف عقدة المتفاوضين والله أعلم فليحرر .

قوله : وكذلك إن استفاد أحدهم مالاً لنفسه الخ . يعني فإنه يمتاز بذلك

أو ميراث أو ما أشبه ذلك ، فكل ما استفاده بعد موت والده إن كانت الهبة أو الميراث في حياة والده أو بعد الهبة أو الميراث إن كانتا بعد موت والده فهو القاعد فيه دون شركائه ما لم يعرف أنه من المال المشترك ، وما سواه من الشركاء كل ما استفادوا فهو بينهم ، وإن خلط تلك الهبة أو الميراث مع مال المشترك ، فكل ما استفادوا بعد ذلك فإنهم ينزلون فيه على رؤوس أموالهم بالسوية ، فيأخذ كل واحد منهم ما ناب حصته من تلك الفائدة وما ينوب ما أدخله من خارج ، وإن خرج من إخوته إلى ما ورث أو وهب له فقعد فيه وخلف إخوته في المشترك ، فما سعوا فهم القاعدون

سواء كانت الهبة أو الميراث في حياة والده أو بعد موته ، هذا هو الظاهر من كلامه إن كانت هذه النسخة صحيحة ، ولكنه بحسب الظاهر ينافي ما تقدم في قوله وما استفاد الوالد إلى قوله : ويكون القاعد في ذلك الشيء خاصة فإن ظاهره يقتضي أن القاعدة في الفائدة والده ، يعني حتى يبين أنها من خاصته ، وإذا كان كذلك فلا يمتاز عن شركائه بما استفاد إلا إذا تبين أنه من خاصته ، اللهم إلا أن يقال: لو مات والده ولم ينزع تلك الفائدة من يده جعل هو القاعدة حيث كان له أصل لنفسه والله أعلم فليحرر . ثم ظهر بعد تصحيح النسخة أن مراد المصنف رحمه الله ، أنه يمتاز عن شركائه بما استفاد بعد موت والده فقط ، وأما ما استفاده قبل موت والده فإنه لا يكون هو القاعد فيه ، وإن ثبتت الهبة أو الميراث في حياة والده فلا منافاة والله أعلم .

قوله : كل ما استفادوا فهو بينهم ، يعني إن لم يخرج من الاصل المشترك إلى ما هو خاص به كما سيأتي .

فيه دون الخارج ، وما سعى هو أيضاً فهو له دونهم ، لأنه قد خرج من المشترك إلى ما ورث أو وهب له ، وأما إن خرج أحد من الورثة إلى منزل آخر فتزوج فيه فسعى الباقون فالسعية بينهم ، وكذلك ما سعى هو فهو بينهم ولو لم يخرج من المشترك إلا بالنعل ، لأنه لم يحدث له مال كما أنه لو اقتسموا شيئاً من أموالهم ، فكل من سعى شيئاً فهو له ولو لم يقسموا إلا الخبز في القصعة ولو خرج في قسمتهم الانفساخ لأنها تسمى قسمة ، والأصل في هذا أن الشركة قاعدة لهم ، فهم على حكم الأصل المتقدم، حتى يصح لأحدهم دخول مال بوجه من الوجوه التي لا يدركون شركاءه فيه مثل؛ الميراث أو الصداق للمرأة أو الدية أو كنز الأولين أو الصدقة

قوله : إلى منزل آخر ، يعني غير مملوك له سواء كان بالأجرة أو بالعارية أو مشتركاً بينهم إلا أن كلامه بعد ، يدل على أنه ليس بمشترك حيث قال : ولو لم يخرج من المشترك إلا بالنعل ، يعني، وأما خروجه إلى منزل آخر مشترك فإن ذلك لا يعد خروجاً والله أعلم .

قوله : لأنه لم يحدث له مال، كأنه أراد ان لم يحدث له هبة أو ميراث أو نحوهما حتى يكون ذلك سبباً لإنفراده بما سعى ثم بنسبة حال خروج أحدهم إلى ما حدث له من الهبة مثلاً ، وتخلف الباقين بحال قسمة شيء من أموالهم حيث قال : كما إنه لو اقتسموا الخ . والله أعلم فليحرر ، وليراجع نسخة صحيحة .

قوله : أو كنز الأولين، جزم هنا بأن كنز الأولين ينفرد به أحد الشركاء خلاف المتفاوضين كما تقدم .

أو الهبة لغير سبب المال المشترك وما أشبه هـــذا من الوجوه التي لا يشاركونه فيها ، فإذا صح له ذلك فما سعى بعد ذلك فهو له دونهم ، لأن له أصل مال، وما سعوا فهو وهم فيه سواء، لأنه كان معهم في المشترك فهم فيه جميعاً سواء ، وهذا أصل مطرد في جميع الورثة الأولاد وغيرهم، فإذا صحّ خروج أحدهم من المشترك إلى ما صح له من المال دونهم كان ما سعى له وما سعوا لهم دونه ، لأن الشركة غير قاعدة لهم بعد ما فارقهم بالخروج من المشترك، لا يدرك فيما سعوا كما لا يدركون فيما سعى بشرط الخروج من المشترك إلى ماله ، فإن قال قائل : فإذاً يكون خروجه على هذا الحال من المشترك بمنزلة الإباحة لهم في أكل الغلة، ولذلك لا يدرك فيما سعوا شيئاً ، قيل له : لا يدرك في الحكم شيئاً على ما ذكرنا ، لأنه ولو حجر عليهم فلا يدرك فيما سعوا بعد خروجه من المشترك إلى ما صح له دونهم إلا ما قامت عليه البينة من الغلة أنها من الأصل المشترك إن كان

قوله : فهو له دونهم الخ . أي بشرط أن لا يخرج عنهم إلا خاصته كما تقدم ويأتي من أنه إذا خرج فإنه ينفرد وينفردون .

قوله : إلى ماله ، يعني من الهبة أو الميراث أو نحو ذلك ، وأما خروجه إلى غير ماله فإنه لا يقتضي الإنفراد بالسعية له ولا لهم ، ولو لم يخرج إلا بالنعل كما تقدم وهذا في ظاهر الأحكام فقط ، كما تقدم أيضاً .

يدركون إلى حقيقة ذلك ، وكذلك أيضاً الأخت إذا خرجت عن الإخوة بالتزويج ، ثم أرادوا القسمة معها فادَّعت في الحيوان والعروض والحبوب سهمها فإنها لا تلحق شيئاً إلا في الأصل إلا ما كان معروفاً من تركة الميت فيكون لها فيه سهمها ، وكذلك ما استفادوا بعدها من الأصل فلا تدرك فيه شيئاً في الحكم ، لأنها قد خرجت من الأصل إلى الزوج فلا تدرك فيما سعوا بعد خروجها شيئاً كما لا يدركون فيما سعت شيئاً ، لأن الشركة غير قاعدة لهم بعد ، وأما ما سعوا وهي عندهم قبل خروجها إلى الزوج ، فإنه تدرك فيه سهمها ولو لم يضموه إلا بعد خروجها إلى الزوج ، مثل إن حرثوا وهي عندهم ثم حصدوا بعد خروجها فإنها تدرك سهمها ، وهذا إذا كان الاندر قائماً والشعير بعينه معروفاً أنه من الحرث الذي حضرت له ، وأما غير ذلك فإنه يتعذر الوصول إليه ، وكذلك إن خرجت إلى الزوج في حياة أبيها فلا تدرك سهمها إلا فيما كان معروفاً أنه من تركة الميت ، وكذلك الشركاء إذا

قوله : إن كان يدركون الخ . هكذا فيما رأيناه من النسخ ، ولعل فيه تحريفاً فليراجع نسخة صحيحة . وكأن المراد استبعاد إقامة البينة على أن ما في أيدي بقية الورثة بعد خروجه هو من غلة الأصل المشترك ، والمعنى إن كان الشهود يصلون إلى حقيقة ذلك والله أعلم فليحرر .

قعدت لهم الشركة فكل ما جعله أحدهم من ذلك المال في منافعه خاصة فإنه يدرك عليه شركاؤه حصصهم إذا قسموا ، وكذلك ما أخذه من دين لمنافعه فهو عليه إذا تبين ذلك ، وما أخذه لحوائجهم فعليهم جميعاً كما ذكرنا قبل هذا ، وقوله في ذلك مقبول أنه لحوائجهم إذا صح الدين بالبينة ، وأما إقراره بالدين فغير مقبول ، لأنه إقرار على الغير ، وإن اقتسم الشركاء الذين قعدت لهم الشركة فخرج في قسمتهم انفساخ فإن الشركة غير قاعدة لهم ، فما استفاد كل واحد منهم فهو القاعد فيه دون شركائه ، وأما إن خرج بعـــد قسمتهم وارث لم يعرفوا به فكل

قوله : بعدها ، يعني بعد خروجها وبعد موت والدها كما هو معلوم .

قوله : في منافعه خاصة ، ظاهره أنه شامل للتسري والله أعلم فليحرر .

قوله : إذا صحّ الدين بالبينة ، يعني وإن لم تشهد البينة بأنه أخذه لحوائجهم بل ذلك يثبت بمجرد قوله ، وبعد ثبوت الدين ولذلك قال : وقولـــه في ذلك مقبول الخ .

قوله : إقرار على الغير ، يعني وهم شركاؤه .

قوله : فهو القاعد الخ . المناسب لمـــا تقدم مراراً أن يقول: فهو له دون شركائه .

قوله : وارث لم يعلموا به الخ . ينظر حكم ما استحق شيء مما اقتسموه من غير ظهور وارث ، والظاهر أنه بمنزلة الوارث كما يرشد إليه كلامه في الفرق بين المسألتين حيث قال ليس بمنزلة قسمة مال الغير الخ . وإن كان ظاهر كلامه

ما استفادوه قبل القسمة أو بعدها فهو بينهم ، والفرق بين هذه المسألة والمسألة الأولى أن الانفساخ الداخل على القسمة من جهة الغرر مما زادوا أو نقصوا في صفاتها ليس بمنزلة قسمة مال الغير ، إذ لا يستحق اسم قسمة ، والأولى يقال لها قسمة منفسخة والله أعلم . ويتواخذ الشركاء على تذكير أشجارهم وتنقيتها وحرثها ، وعلى تقويم ما مال منها بالركائز والميدة ، وكذلك جناية أثمارهم وحصد زرعهم وبنيان ما انهدم من بيوتهم ومنازلهم ، وسدّ ما انثلم من جسورهم لئلا يدخل الضرر على أموالهم من ذلك ، وقد قال عليه السلام : (لا ضرر ولا إضرار في الإسلام)[1] ، وبالجملة ان جميع ما يصلح ذلك المال مما لو لم تكن تلك

فيما سيأتي في أحكام القسمة أن الإستحقاق تسمى معـه قسمة منفسخة ، لأن المراد به أنها باطلة كما يرشد أيضاً إلى ذلك التعليل هنـاك حيث قال : لأنهم اقتسموا مالهم وما ليس لهم الخ ، والحاصل أن القسمة التي دخل فيها قسمة مال الغير لا تجمل الشركاء ممتازين بالفائدة والله أعلم .

قوله : ويتواخذ الشركاء ، أي يجبر بعضهم بعضاً .

قوله : والميدة ، لعل المراد ما يدار بها من البنيان إلا أنه لا يناسب اللغة ، قال في الصحاح : ماد الشيء يميد ميْداً ، تحرك ، ومادت الأغصان تمايلت ، وماد الرجل تبختر الخ . فلم يذكر ما يناسب المراد والله أعلم ، إلا أن يقال المراد التقويم بالركائز والتحريك ، أو يقال : هذا لفظ عرفي والله أعلم فليحرر .

---

(١) تقدم ذكره .

المصلحة لدخل الفساد على ذلك المال يتداركون بعضهم على بعض ، وأما إحداث ما لم يكن فلا يدركه بعضهم على بعض ولو كان في ذلك صلاح لذلك المال، لأنه زيادة مثل غرس الأشجار وحفر الأنهار وتعلية القصور وبنيان الدور . واختلفوا في حفر النجم ، هل يدرك بعضهم على بعض ؟ والذي يدل على اختلافهم فيما يوجبه النظر ، هل هو من الضرر الكثير أو من الضرر اليسير ؟ إذ لا بد هو ضرر والله أعلم . وإن امتنع بعضهم بالغيبة أو بالإباء ، فإذا صلح ذلك الحاضر منهم فإنه يدرك على شريكه قيمة مقدار حصته في جميع ما تعنى ، وفي جميع ما اتفق على ذلك ، وكذلك على هذا المعنى يدرك على شريكه هذا مقدار حصته من المال إذا غصبه غاصب ولم يقدروا على خلاصه إلا بالفداء لئلا يدخل الضرر على شريكه بالإمتناع من ذلك والضرر محرَّم ، وهذا إنما يكون في شركة المخصوص ، أعني أن يشتركوا شيئاً مخصوصاً بعينه ، وأما شركة العموم أعني الذين قعدت لهم الشركة فلا يتداركون فيما بينهم العناء كما لا يتشاحون في النفقة والكسوة والله أعلم . ولا تجوز معاملة أحد

قوله : على هذا المعنى ، يعني بأن غاب أو أبى كما هو ظاهر والله أعلم .

قوله : فلا يتداركون الخ . وكذا يقولون لا عناء بين الزوجين .

قوله : ولا تجوز معاملة أحد الشركاء الخ . لعل هذا فيما ليس شركة عنان

الشركاء فيما اشتركوا دون مرضاة شركائه، إذ لا تحل الأموال إلا برضاء ملاكها ، وهذا في شركة الخصوص ، وكذلك أيضاً محاللة أحد الشركاء لا تجزيء دون شركائه إلا إن كان أميناً ويكون الضمان عليه ، لأن الأمين حجة في نزوع التباعات ، وكذلك أيضاً من كان في يده مال غيره بالوديعة أو العارية أو المضاربة ، ومال اليتيم والغائب في يد خلائفهم تجزي محاللة هؤلاء من أفسد في ذلك المال شيئاً إذا كانوا أمناء ، لأنهم خصماء في ذلك

كما هو معلوم بحسب العادة ، فإن المقصود منها إنماء ذلك المال بمعاملة كل واحد منهما فيه وإن لم يحضر صاحبه ، وربما يقال: اشتراكهما كذلك دليل على الرضا فيدخل في كلام المصنف فلا حاجة إلى التقييد والله أعلم فليحرر ، وعلى المنع في الخصوص جميعاً معنى قولهم : فعل الشريك على الشريك جائز ، إنما هو في المتفاوضين وفيمن قعدت لهم الشركة في المنتقل إذا لم يقع الإنكار والله أعلم .

قوله : محاللة أحد الشركاء لا تجزيء الخ . الظاهر أن هذا عام في جميع الشركاء ، ولذلك أطلق، ولأن المتفاوضين بمنزلة رجل واحد في منافع المال والله أعلم فليحرر .

قوله : من أفسد ، مفعول به تنازعه تجزيء ومحاللة .

قوله : لأنهم خصماء الخ . الظاهر أن الأولى في التعليل أن يقول: لأنهم يحملون لهم نظير ذلك من أموالهم ، ولذلك اشترط أن يكون الخليفة أميناً لأن الأمين حجة في نزوع التباعات كما تقدم ، وأما التعليل بالخصومة فإنه لا فرق فيه بالأمين وغيره ، ولم يظهر منه براءة ذمة المحالل والله أعلم فليحرر .

الشيء الذي في أيديهم ، وذهب بعض إلى أن محاللة أحد الشركاء فيما دون سهمه تجزي والله أعلم . وفي بعض الآثار : وسألت عن رجل مات وترك امرأة وأولاداً صغاراً ، وترك بستاناً وكرماً وفيه العنب والفواكه وتبعث إلينا المرأة الفواكه والطعام ، هل يحل لنا أخذه وقبضه ؟ قال : نعم ، خذ منها حتى تعلم أنها قد بلغت الثمن ، وأما الذين قعدت لهم الشركة إذا باع أحدهم من المنتقل الذي كان بينهم فإنه يعامل فيه ما لم يعرف من شركائه الإنكار ، فإن قعد بعد ذلك شركاؤه زماناً فأنكروا البيع ، فإنهم لا يجدون ذلك حين لم ينكروا البيع عند علمهم ، وأما

قوله : وذهب بعض الخ . ظاهره أنه أميناً كان أو غير أمين حتى تظهر المقابلة والله أعلم .

قوله : وكرماً ، كأنه أراد به التين بعرف أهل المغرب بدليل ذكر العنب بعده، وإلا فالكرم في اللغة العنب .

قوله : حين لم ينكروا البيع عند علمهم الخ . ظاهره أنه لهم الإنكار وقت العلم ، ويبطل حينئذ البيع لأن العقدة إذا اشتملت على ما يجوز وما لا يجوز كانت غير جائزة على الصحيح ، وانظر هل حكم المتفاوضين كحكم من قعدت لهم الشركة فيجوز لأحدهما الإنكار والنقض أو ليس كذلك ، لأنها أبلغ ممن قعدت لهم الشركة فليس لأحدهما الإنكار ، وهو الظاهر ؟ لأنهم بمنزلة رجل واحد حتى إنه لا ينفرد أحدهما بشيء من المال عن رفيقه كما تقدم ، ويدل على أنها بخلاف من قعدت لهم الشركة المفهوم من التقييد في قوله : وأما الذين قعدت

الأصل فحتى يبيعوا بأنفسهم أو بأمرهم والله أعلم . وأما إن قال قائل : لم جوّز البيع في غير الأصل بغير رضاء مالكه ، أليس الأصل وغيره سواء ؟ قيل له والله أعلم : جوّزوه في المنتقل ، وجعلوا رضاء الشركاء في سكوتهم ، لأن شركتهم على العموم ؛ والناس محتاجون إلى التصرف في أموالهم ضرورة ، فإذا لم تجز معاملة أحدهم إلا باجتماعهم ، صعب ذلك ، بل الغيبة وما يقوم مقامها أصعب ، والمنتقل أيضاً يحتمل من التأويل ما لا يحتمله الأصل ، لأن الأصل معيّن والمنتقل بخلافه ، والقاعد فيه من

لهم الشركة الخ . وانظر أيضاً في المتفاوضين إذا باع أحدهما شيئاً من الأصل هل يمضي وهو الظاهر لأنهما بمنزلة رجل واحد أو لا يمضي في الأصل إلا برضاء رفيقه لأن بيع الأصل ليس من منافع المال في الغالب والله أعلم . والحاصل إن قلنا إنه يمضي أن الشركاء على ثلاثة أقسام ، لا يجوز لهم التصرف في شيء من الأشياء، لا في الأصل ولا في المنتقل إلا برضاء شركائهم وهم الشركاء في الخصوص، وقسم يجوّز لهم التصرف في المنتقل دون الأصل ما لم يقع الإنكار، فيمنع مطلقاً وهم من قعدت لهم الشركة ، وقسم يتصرفون بغير إذن مطلقاً وهم المتفاوضون والله أعلم فليحرر .

قوله : وجعلوا رضاء الشركاء في سكوتهم الخ . يؤخذ منه أنه لو ضارب أحد الشركاء أحداً جاز لأن هذا تصرف في المنتقل والله أعلم .

قوله : أصعب ، أي لعدم إمكان الإجماع مع غيبة بعض الشركاء فيحصل الضرر إذا منعت المعاملة في المنتقل والله أعلم .

كان في يده بخلاف الأصل ، وليس بمستنكر أيضاً أن يقوم السكوت مقام الرضا ، وقد ورد به الشرع ، ورضاء البكر في سكوتها وأقاموه في هذا الموضع مقام الرضا تخفيفاً لشدة البلية لذلك ، وإن كان بعض الشركاء الذين قعدت لهم الشركة يتامى ، فإنه لا تجوز معاملة البالغ منهم في المنتقل ، لأن الأطفال ليس لهم رضاء يعتبر إلا إذا كان أحد الشركاء أميناً ، فإنه يعامل في جميع المنتقل ويقوم مقام الطفل في ذلك ، لأن القيام بهم فرضٌ على الكفاية والولي أولى بالتقدمة من غيره ، ومن أشرك مع الغائب مالاً فإنه يجب عليه حفظ ما اشترك معه سواء تركه الغائب في يد شريكه أو دخل في ملك الغائب بعد غيبته لقوله عز وجل : «وتعاونوا على البر والتقوى» وإذا كان ذلك مما يستغل فعلى الشريك حفظ هذه الغلة ، قال بعضهم : يبيعها كلها ويقسم الثمن ويأخذ سهمه ويرفع سهم الغائب ويستشهد عليه ويحرزه ، وقال بعضهم : يقسم الغلة ويأخذ سهمه ويجعل السهم الغائب ما يصلح له من البيع والرفع لسهمه ، وهذا في جميع

قوله : لشدة البلية لذلك ، أي لأنه دعت الضرورة لذلك .

قوله : في المنتقل ، يعني وأما في الاصل فمن باب أولى .

قوله : والولي أولى بالتقدمة من غيره ، يعني إذا كان أميناً كما يؤخذ من كلامه أولاً والله أعلم .

ما تكون فيه الغلة ، وجوّز له بعضهم في غلة الأشجار إذا أدركت أن يدخل إليها الأمناء ويقوّمونها عليه، ويزن سهم الغائب من القيمة ويستشهد عليه الأمناء قبل الدفن ويدفنه في موضع معلوم ، وتصير الغلة له وليس للغائب فيها شيء ، ولو قدم حينئذ أكل منها شيئاً أو لم يأكل ذهبت أو لم تذهب ، لأن العلم جوَّز له ذلك والله أعلم . وهذا الإختلاف يؤول إلى ما فيه صلاح الغائب ، وقد قالت العلمـــاء : إن الزكاة واليتيم والغائب لا يحتاجون إلى العلم، ومن العلم أن يجعل لهم جميع ما يصلح لهم، ورخص بعضهم لشريك الغائب إذا طالت غيبته حتى لا تعرف حياته من موته ولا موضعاً كان فيه أن يترك ماله إلى مال غيره ، وليس عليه من الضمان شيء ، وهذا منهم استحسان فيما يوجبه النظر ، لئلا يكون مات فينتقل المال إلى غيره والله أعلم . وفي الأثر : وسئل عن من اشترك فداناً مع الغائب، هل يأكل ثماره بغير قيمة إذا كان يعمل فيه أكثر مما يأكل ؟ قال:

قوله : إن الزكاة واليتيم والغائب،ومثل هذه الثلاثة المجنون والمسجد .

قوله : أن يترك ماله إلى مال غيره الخ . ينظر كيف يتركه إلى مال غيره والظاهر أن المراد أنه يقسم الاصل بحضرة الامناء مثلاً ويترك حصة الغائب ولا يشتغل بها بوجه من الوجوه والله أعلم فليحرر .

قوله : هل يأكل ثماره،لعله من ثماره بدليل قوله:أكثر مما يأكل،فإن الغالب

نعم رخص له ، فإن قال قائل : هل يجوز لشريك اليتيم ما يجوز لشريك الغائب ؟ قيل له والله أعلم : اليتيم في هذا مخالف للغائب وإن كان غير معتبر رضاه ، لأن شريك اليتيم يتوصل إلى إيصال مال اليتيم إليه ، إما أن تكون له خليفة تقوم مقامه ، وإما أن يقوم هو مقام الخليفة عند عدمها وينفقه ويكسوه من ماله حتى يصل إليه وهو بخلاف الغائب والله أعلم. وإن اشترك مع الغائب أرضاً بيضاء ، فإنه يجوز له أن يحرثها بالبذر أو يحرث مقدار سهمه في قول بعضهم ، والأصل في هذا فيما يوجبه

أن العمل لا يستغرق الغلة ، ويحتمل إبقاءه على ظاهره والله أعلم .

قوله : يتوصل إلى إيصال مال اليتيم إليه الخ . هذا ظاهر إذا كان اليتيم حاضراً ، أو كانت خليفة ، وأما إذا كان غائباً ولم تكن له خليفة فلم يظهر فرق بينه وبين الغائب بل هو غائب أيضاً والله أعلم فليحرر .

قوله : مقدار سهمه في قول بعضهم ؟ والأصل في هذا الخ . أظن أن في النسخة سقطاً فليراجع ، فإن الظاهر أن فيها قولاً آخر ، يدل له ظاهر الحديث وهو أنه يحرثها كلها فليحرر ثم ظهر أنه لا حاجة إلى ظن السقط لأن القولين يؤخذان من كلامه معاً الأول أشار إليه بقوله : فإنه يجوز له أن يحرثها بالبذر يعني كلها لأن شريكه كالمستغني عنها لعدم إمكان ذلك منه لغيبته فكأنه منحها له ، فلذلك استدل له بالحديث والله أعلم . والثاني أشار إليه بقوله : أو يحرث مقدار سهمه في قول بعضهم ، ولعل دليل هذا القول أنه لا يجوز التصرف في الأملاك إلا بإذن مالكها وأن الحديث ظاهره يقتضي : أنه لا بد من المنحة بالفعل والله أعلم فليحرر ، وليراجع .

النظر قوله عليه السلام:(من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه)(١) مع أنه شريكه ، ولعلهم من هذا المعنى جوّزوا له الغرس ، وفي الأثر : قال الشيخ فيمن اشترك أرضاً مع الغائب : انه يحرثها بالبذر ولا يغرسها، ثم قال : يغرس سهمه ولا يختار مطايب الأرض ، ثم قال : يغرسها كلها ويأكل غلتها بلا قيمة ، سواء في هذه الغروس والغصون ، واختلفوا في

قوله :مع أنه شريك، يعني فيغتفر له ما لا يغتفر لغيره خصوصاً مع ظاهر قولهم : فعل الشريك على الشريك جائز والله أعلم .

قوله : فيمن اشترك أرضاً مع الغائب ، يعني بالميراث كما يدل عليه كلامه بعد والله أعلم .

قوله : يحرثها بالبذر الخ . ظاهره أنه يجوز له ذلك ولا يضمن للغائب لنقصان ما ينوبه من الأرض ، ولعل من ذهب إلى هذا يرى أن الأرض لا تنقص إلا بالحرث ، أو أنه أمر يسير يتسامح فيه للشريك والله أعلم فليحرر .

قوله : يغرس سهمه ولا يختار مطايب الأرض ، ظاهره أنه يفعل ذلك لنفسه من غير حضور الأمناء وفيه تأمل ، ثم ظاهره أنه يختص بذلك مع أنه سيأتي أنه إن غرسها من شجر تلك الأرض لا يختص بذلك قولاً واحداً ، وإن غرسها من خارج ففيها أقوال كما سيأتي ، ولعل هذا مبني على القول بأنه يختص وأنه غرسها من خارج والله أعلم فليحرر .

قوله : بلا قيمة ، يعني لأن ذلك يكون في نظير تعبه والله أعلم .

---

(١) تقدم ذكره .

غير الورثة ، فقال بعضهم : لا يأكل إلا بالقيمة ، وقال بعضهم : حيث يجوز للورثة جاز لهم ذلك ، وتفصيل ما ذكرنا أنه إذا غرس الأرض كلها على قول بعضهم ، لا يخلو أن تكون الغروس من تلك الأرض أو أدخلها من خارج ، فإذا كانت من تلك الأرض فإذا قدم الغائب فعليه أن يرد عليه ما ينوب مما أكل من غلة تلك الغروس ويدرك عليه العناء ، وأما إن أدخل الغروس من خارج ثم قدم الغائب فإن الغائب لا يدرك عليه مما أكل من الغلة شيئاً ، لأن الغروس أصلها من خارج فهي له ما لم يأخذ قيمتها ، ولكن يدرك عليه العناء وقيمة الغروس حين غرسها فتكون بينهم على أصل شركتهم ، وعلى قول بعضهم : لا يدرك

قوله : إلا بالقسمة ، لعله بالقيمة فليراجع .

قوله : فإذا قدم الغائب الخ . ينظر هل المراد بالغائب غير الوارث أو مطلقاً فليحرر .

قوله : فهي له ، يعني فلذلك لا يدرك عليه شيئاً مما أكل من الغـــلة ، ولو أخذ قيمتها بعد ذلك والله أعلم .

قوله : ما لم يأخذ قيمتها ، يعني فإذا أخذ قيمتها وهي ما تساويه الآن على القول الثاني ، أو قيمتها يوم غرسها مع العناء على القول الأول صارت مشتركة بينهما في المستقبل ، وأما ما مضى لا يدرك منه شيئاً لأنه لا يملك فيها شيئاً ، وقد أجاز له الشرع الغرس حيث كان شريكاً والله أعلم فليحرر .

عليه إلا القيمة دون العناء وهي قيمة الغروس يوم يغرمه ، ثم تكون بينهما على أصل شركتهم ، فالقولان متقاربان في المعنى، لأن عناءه داخل في قيمة الغروس يوم يغرمه ، وأما الوجه الذي يغرس سهمه على قول بعضهم ، فإنه إذا كانت الغروس من تلك الأرض يرد عليه سهمه من الغلة ويدرك عليه العناء وتكون الغروس بينهم كما ذكرنا ، فإذا لم تكن الغروس من تلك الأرض ثم قدم الغائب ، في الأثر : وإذا قصد الشريك

قوله : فالقولان متقاربان الخ . ظاهر كلامه رحمه الله أنه لا يدرك شيئاً من الغلة على كلا القولين حيث أدخل الغروس من خارج ، مع أن الظاهر والله أعلم أنه يدرك عليه ما ينوبه من الغلة، على القول بأنه يدرك عليه العناء وقيمتها يوم غرسها،لأنه كشف الغيب أنها مشتركة من ذلك الوقت في ماذا يستحل ما ينوب شريكه من الغلة وقد أخذ العناء ، وأما على القول بأنه يأخذ قيمتها الآن فعدم إدراك الغلة ظاهر لأنه لم تحصل الشركة في الغروس ، إلا بعد تقويمها الآن والله أعلم فليحرر وليراجع .

قوله : لأن عناءه داخل الخ . يعني على القول الثاني وهو القول بأنه يأخذ قيمتها وهو ما تساويه الآن والله أعلم .

قوله : فإنه إذا كانت الغروس من تلك الأرض يرد عليه سهمه الخ . لم يظهر لتخصيص سهمه حينئذ بالغرس معنى حيث تكون الغروس بينهم ، فالمناسب لتخصيص سهمه بالغرس أن يدفع لشريكه قيمة حصته من تلك الغروس يوم الغرس ، فتكون له والله أعلم . لكنهم نظروا إلى أنها مشتركة ، فاستصحب فيها ذلك وهو ظاهر والله أعلم . يعني فلا معنى للسهم حينئذ .

إلى نصف الأرض فغرسها ثم قدم صاحبه فإن فيها أقاويل ، منهم من يقول : يغرس صاحبه النصف الباقي حتى يستغني ويقسمان الكل ، ومنهم من يقول : إن لم يختر مطايب الأرض فإنه يقعد على النصف الذي غرس ويغرس الغائب النصف الباقي لنفسه ، ومنهم من يقول : يعطيه عناءه مع القيمة فيما تجري فيه القيمة فيقسمان الكل والله أعلم .

قوله : حتى يستغني ويقسمان الكل ، يعني فلا يدرك الغلة عند صاحبه ولا يدرك عليه صاحبه العناء .

قوله : ويغرس الغائب النصف الباقي ، يعني إن شاء .

قوله : يعطيه عناءه مع القيمة ، يعني ما نابه من العنـــاء والقيمة ، والمراد بالقيمة يوم الغرس لا يوم التقويم ، بدليل أنه يعطي العناء والله أعلم .

باب في القسمة

والأصل في هذا الباب قوله تعالى: «وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامي والمساكين فارزقوهم منه»[1]، وقوله: «للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون»[2] الآية، وقوله عليه السلام: (أيُّما دار

باب في القسمة

قوله: القسمة، هي تمييز بعض الأنصبـــاء من بعض، والقسام الذي يقسم الأشياء بين الناس.

قوله: ﴿ وإذا حضر القسمة ﴾ الآية، الشاهد في قوله (القسمة) وأمـــا (فارزقوهم) فالأمر فيه للندب للبلـّغ من الورثة، وقيل أمر وجوب، ثم اختلف في نسخه، والصحيح أن الأمر فيه للندب، ولكن مما تهاون به الناس كما تهاونوا بآية الاستئذان، وبقوله في حق الأزواج إذا وقع بينهم الطلاق ﴿ ولا تنسوا الفضل بينكم ﴾ وذكر صاحب الكشاف أن هذه الآيات ذهب العمل بهن حق كأنهن لم ينزلن والله أعلم.

---

(١) النساء: ٨.
(٢) النساء: ٧.

قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية ، وأيما دار أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسمة الإسلام)[1] ، والنظر في هذا الباب أولاً في أنواع القسمة ، ثم بشروطها وصفاتها ثم بأحكامها ؛ أما النظر في أنواع القسمة ، فإنه ينقسم على قسمين : أحدهما قسمة رقاب الأموال ، والثاني قسمة منافع الرقاب ، وأما الرقاب فإنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام : إلى ما لا ينتقل ولا يتحول وهي الرباع والأصول ، وإلى ما ينتقل ويتحول فهذا قسمان : إما غير مكيل وموزون وهي الحيوان والعروض ، وإما

قوله : فهي على قسم الجاهلية ،لأنهم كانوا لا يعطون للإناث مثلاً فهذا الحديث يدل على أن الأحوال تجري فيه الأحكام على التدين ، فمن دان بتحليل مال جازت معاملته فيه كالصفرية وكالنصارى ، إذا غنموا من المسلمين فإنه يجوز غنم ذلك منهم ومعاملتهم فيه والله أعلم .

قوله : ثم بشروطها ، لعل الباء بمعنى في .

قوله : فإنه ، أي النظر باعتبار متعلقه لأنه المحدث عنه ومتعلقه هو قسمة رقاب الأموال وقسمة منافعها .

قوله : أما الرقاب الخ . المناسب لقوله أولاً قسمة رقاب الأموال ولقوله في مقابله بعد : وأما قسمة منافع الرقاب، أن يقول: أما قسمة الرقاب ، اللهم إلا أن يقال أنه على حذف مضاف أو لأن المنقسم في الحقيقة إلى ثلاثة أقسام تابعة هي الرقاب نفسها والقسمة ، لذلك ولهذا ترك لفظ القسمة والله أعلم فليحرر .

قوله : فهذا ، لعله وهذا .

---

(١) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي والنسائي .

مكيل أو موزون ، وأما قسمة منافع الرقاب فإنها تكون بالنهايات ، إما بالأزمان وإما بالأعيان ، وذلك أن ينتفع كل واحد منهم بالشيء مدة محدودة والشيء باق على أصل الشركة ، وأما الأعيان مثل أن يسكن هذا داراً مدة من الزمان ، ويسكن هذا داراً تلك المدة بعينها والدور باقية على أصل الشركة بينهم ، وهذا فيما يوجبه النظر ، إنما يجوز في استخدام العبيد والدواب وسكنى الدور والحوانيت واستعمال الآلات ولبس الثياب وما أشبه ذلك ، ولا يكون إلا بالإتفاق من الشركاء ولا يجبرون عليها، لأنها منفعة معدومة وغرزها[1] أمكن وجوداً من غيرها ولا يكون إلا بالإتفاق من الشركاء ، والمدة في ذلك ما اتفقا عليه إلا مدة لا يعيش ذلك الشيء إلى منتهاها فلا يجوز ، لأنها غرر

قوله : إما غير مكيل وموزون، الأولى تأخيره وتقديم قوله : إما مكيل أو موزون لأن الإعدام[2] إنما تعرف بملكاتها .

قوله : وذلك أن ينتفع الخ . الإشارة بذلك إلى القسمة بالأزمان والمناسب لما قبله ولقوله بعد : وأما الاعيان أن يقول : أما الازمان فمثل أن ينتفع الخ . فليحرر وليراجع .

قوله : مثل ، صوابه فمثل لأن مثل هذا ليس محل حذف الفاء .

قوله : داراً ،يعني أخرى .

قوله : ولا يجبرون عليها ، هذا تصريح بما علم مفهوماً .

---

(١) كذا في الأصل . ولعل صوابها : وفرزها .

(٢) كذا في الأصل ولعل صوابها : الأعيان .

وضرر ، وإن هلكت الدواب والعبيد أو مرضوا أو عصوا أو هدمت المساكن في مدة أحد الشركاء ، فإنه يدرك على شركائه قيمة الخدمة والنفقة في حال مرض الدواب والعبيد أو انهدام البيوت فيرد من شركائه ما بقي له من ذلك ، وأما استغلال الأشجار وزرع الأرضين ، فقسمة ذلك على السنين لا تجوز فيما أوجبه النظر عندي ، لأن الغلة تختلف في ذلك من جهة القلة والكثرة ووجودها وعدمها والجودة وغيرها مع ما روي عن النبي ﷺ من النهي عن المسانهة والله أعلم . وأما العيون والآبار فإن الشركاء يتواخذون قسمتها بالدول قسمة لا ضرر فيها ، لأن منفعتها موجودة مع ما ورد من النهي عن بيع الماء ، ولذلك كانت قسمتها واجبة إذا طلبها بعض الشركاء والله أعلم . ومن هذا الباب قسمة أهل

قوله : عن المسانهة ، المراد به النهي عن بيع الشيء أعواماً ، ويدخل فيه بيع الثمار قبل أن تخلق ، يعني والقسمة مقيسة على البيع بل بعض وجوهها بيع ، ثم قوله المسانهة مبني على أن (لام) سنه (هاء) لا (واو) والله أعلم.

قوله : من النهي عن بيع الماء، كأنه أراد رحمه الله أن قسمة الماء بغير الدول لا تجوز لأن القسمة بغير ذلك تشبه البيع والله أعلم فليحرر ، أو المراد أنه لما نهى عن بيعه وجبت قسمته لأنه من المعلوم ، أن حبسه لا يجوز وقسمته لا تصح إلا بالدول فتعين فيها ذلك والله أعلم .

قوله : ومن هذا الباب الخ . أي وهو قسمة منافع الرقاب .

المشاع منافع مشاعهم ، من ذلك إذا أرادوا قسمة للحرث ، قال بعض : يقسمونه على الذكور البُلَّغ دون الإناث ، وقال بعض : على عدد المصابيح ، وقال بعض: على عدد السكك . والذي يوجبه النظر عندي أن من قسمه على الذكور البلَّغ دون الإناث فقد أجراه على طريقة الفيء ، ولذلك لم يدخل فيه الإناث، ولو دخل فيه الإناث أيضاً لأداه ذلك إلى أن يصير المشاع لغير أهله من جهة الميراث ، ومن قسمه على السكك فقد قسمه على قدر الحاجة إليه ، ومن قسمه على المصابيح قسمه على المصابيح ، لأن أمور العامة تجري على المحاسنة ، وفي الأثر : وإذا أرادوا أن يقسموا

قوله : قال بعضهم: يقسمونه على الذكور البلـّغ دون الإناث، مفهومه أن غيرهم قال : يقسم على الإناث أيضاً مع أن الإناث ليس لهن في المشاع شيء كما يدل عليه كلامه الآتي حيث قال : إذا تعلقت بهم الاخت وغيرها ممن لا يرث المشاع الخ . ، ويدل أيضاً على أن الإناث ليس لهن في المشاع شيء ، قوله بعد في علة التخصيص: ولو دخل الإناث فيه أيضاً لأداه ذلك الخ . وعلى هذا فالمناسب أن يقول دون الأطفال والله أعلم . ثم الظاهر من هذه الاقوال كلها أنهم يقسمونها قسمة لا تفاوت فيها ولو تعدد المقسوم عليه من بعض الأصول دون بعض كأخوين من أهل المشاع خلف أحدهما عشرة ذكور وخلف الآخر ذكراً واحداً مثلاً، والله أعلم.

قوله : إلى أن يصير المشاع لغير أهله الخ . وذلك، والله أعلم ، لأن النساء ينقلن الميراث إلى أزواجهن ، فأولادهن، فيدخل فيه من ليس منهم والله أعلم .

قوله : ومن قسمه على السكك الخ . الظاهر أنه يدخل في ذلك الأيتام لأنهم في الغالب تكون لهم سكك لخدمة أملاكهم والله أعلم .

قوله : تجري على المحاسنة ، لقائل أن يقول: المحاسنة عند من قسم على جميع

أرض المشاع للحرث ، فإنهم يقسمونها في هـــذه السنة بالطول ويقسمونها في العام القابل بالعرض ، وذلك فيما يوجبـــه النظر ، لئـــلا تؤدي قسمتهم على طريق واحد إلى التمليك لهم في ذلك السهم فخالفوا ، فمن وجد في سهمه زرعاً قد نبت من السنة الماضية من حرث غيره فليقلبه ، وإن اقتسم أهل المشاع أرض المشاع للحرث كما ذكرنا ثم أتاهم آخرون من أهل المشاع بعد ما حرثوا فلا يدركون عليهم شيئاً ، لأنهم فعلوا كما يجوز لهم ، وإن حرث بعضٌ ولم يحرث آخرون فإنهم يقاسمون الذين لم يحرثوا ما وجدوه لم يحرثوا ، كذلك إن وجدوهم لم يحرثوا شيئاً فإنهم يعيدون القسمة ولا يدركون على أصحابهم عناء ما عملوا من تنقية الأرض من الحطب والحشيش وما أشبه ذلك ، لأن

البلغ أظهر والله أعلم ، إلا أن يقال: أراد بذلك دخول الايتام لأنهم في الغالب تكون لهم المصابيح في بيوت آبائهم إذا قعدت عليهم أمهاتهم والله أعلم .

قوله : فليقلبه ، يعني بالحرث مثلا .

قوله : ثم أتاهم آخرون من أهل المشاع الخ . ظاهره أنهم لا يدركون شيئاً ولو علموا بهم لأن المدار على الحضور كما يدل عليه قوله بعد: إن هذا كله للحاضر دون الغائب والله أعلم . وذكر في الديوان أنهم ينتظرون من يجيء من أهـــل المشاع بعد الري سبعة أيام ، ومنهم من يقول ثلاثة أيام فليراجع .

هذا كله للحاضر دون الغائب، وهكذا حكم الأموال التي لم يعرف لها أرباب والله أعلم ، وإن حرث أحد أرض المشاع من غير إذن أهله فإنه لا يقلبها أحد من أهل المشاع إلا باتفاق من أهل المشاع ، لأنه إذا أجاز له أن يحرث بإذن البعض لم يجز لمن يقلب حرثه إلا باتفاق منهم ، وإن أبى أحد من أهل المشاع أن يقسم معهم وأبى أن يأذن لهم أن يحرثوا فإنهم يقتسمون ويتركون له مقدار سهمه ويحرثون سهامهم ولا يشتغلون بقوله ، لأنه لا يجوز له ذلك والله أعلم . وأما غلة المشاع ففيها أقاويل ، منهم من يقول : يأكلها ضعفاء أهل المشاع ، لأن المشاع لهم فهم أولى بغلة مشاعهم ، ومنهم من يقول : يأكلها الضعفاء كلهم من أهل المشاع وغيرهم وهذا القول يدل من قائله أنه جعله بمنزلة اللقطة وحكم كل ما لم يُعرف ربُّه سبيله الفقراء ، ومنهم من يقول : يقسمونها كما يقسم المشاع للحرث ،

قوله : وهكذا حكم الاموال التي لم يعرف لها أرباب ، ينظر هل معناه أنها تكون للحاضر دون الغائب ، يعني من الفقراء مثلاً ، إذا أريد التصدق بها، أو معناه أن من أصلح شيئاً من الاموال التي لم يعرف لها رب لا يدرك العنـاء، أو المراد المعنيان معاً وهو الظاهر والله أعلم فليحرر .

قوله : لا يقلبها ، يعني لا يعيد لها الحرث الخ .

قوله : إلا باتفاق منهم ، يعني إذا لم يحصل الإذن من أحد منهم كما يفهم من جواز الحرث بإذن البعض والله أعلم .

فهؤلاء جعلوا المشاع بمنزلة الفيء يأكله الغني والفقير والله أعلم . وفي الأثر : وإذا أراد أهل المشاع أن يقسموا أرض المشاع وأرادوا أن يغرسوا فيها أو أرادوا أن يبنوا فيها واتفقوا على أن من غرس منهم فيها شيئاً فهو له ، ومن بنى فيها فهو له فليس لهم ذلك فهي مشاع على حالها مع ما غرسوا فيها وما بنوا فيها ، فقلت : هل يبنون مسجداً في أرض المشاع؟ قال : إن اتفقوا على ذلك لا بأس، وكذلك القُصر إن اتفقوا عليه فإنهم يبنونه فيها ويكون مشاعاً على حاله ، وفي الأثر : وذكرت في كتابك أمر الأبواب والأداة الذين على بيوت أهل المشاع إذا تعلقت بهم الأخت وغيرها ممن لا يرث المشاع عند العصبة ، فالذي عندي يا أخي في ذلك أن الأبواب والقفول والسلاسل حكمها حكم غير المشاع لها ميراثها منها على المشاححة ، ولكن ذلك يا أخي سيرة قبيحة إن وجدْت أن تتجافى عنها فافعل ، وإن تشاححوا فلها عندي ميراثها في ذلك ، وذلك فيما يوجبه النظر في الحكم ، الظاهر أن القاعدة في ذلك المشاع إلا ما تبين

قوله : وكذلك القصر ، يعني ـ والله أعلم ـ ولا يستمر كل أحد في بيت دائماً لما يؤدي إليه من التمليك قياساً على ما تقدم والله أعلم .

قوله : وذكرت في كتابك ، هذا صورة جواب لسؤال أُرسل لبعض المشايخ رحمهم الله .

قوله : وذلك فيما يوجبه النظر الخ . هذا كلام من الشيخ ، بيان لكونها

كالقفول أو السلاسل والأبواب ، لكن ما أدخلوه من خارج يجري عليه التمليك والبيع طيلاً لا أصلاً . ويبقى الأصل مشاعاً على حاله ، وفي الأثر : ما يدل على ذلك، وأما إن اندرست البلاد وخربت حتى لا يقف لها أحد على ماله منها فإنها تصير مشاعاً بين القبيل ، ويترايعون فيها الرجال الذكور دون الإناث ، فإن أذن الإمام لمن يعمر ويغرس ويحرث ويبني وينزل ويسكن ، فما أحدثه فيها فهو للذي أحدثه ، وما كان قائم العين فللداخل أن يتملكه أعني المنافع ويبيع ويشتري طيلاً والأصل

تدرك في القفول ونحوها .

قوله : طيلاً لا أصلاً ، هكذا فيما رأيناه من النسخ ، والمقابلة بينهما تقتضي أن المراد بالطيل ضد الأصل وهو المنتقل إلا أنه يتأمل كيف يناسب اللغة فإن الطيل هو العمر ، قال في الصحاح : وطال طولك وطيلك ، أي عمرك ، ويقال أيضاً طال ليلك ، وطولك ساكنة الياء والواو الخ .

قوله : ويترايعون ، في الصحاح : الريع النماء والزيادة ، وأرض مريعة بفتح الميم ، أي مخصبة الخ . والمراد به أن أهل تلك البلدة إذا خربت حتى لا يفرزون متاعهم ، يشتركون فيما يخرج من تلك الأرض والأصول والله أعلم .

قوله : فإذا أذن الإمام لمن يعمر الخ . لعل هذا غير أحياء الموات لأن إحياء الموات من شروطها ، أن لا يعرف لها أهل وأن لا تجري عليها عمارة في الإسلام، وهذه ليست كذلك على ما يفهم من كلامه رحمه الله ، فإنها جرت عليها عمارة

لأهلها ، وله أن يأخذ الأثمان ويعمرها المشتري على سنن البيع والمنافع له والأصل لأهله .

الإسلام ولها أهل، ولذلك قال: والأصل لأهله، اللهم إلا أن يقال: غير معروفين فلذلك جاز الإذن لكن لا يُسمّى إحياء لإختلال شرطه، وهو عدم العمارة والله أعلم فليحرر .

●●●●●●

باب في شروط القسمة وصفاتها

إعلم أن القسمة فصل يحجز الله به الظلمة عن الضعفاء وهي حق من حقوق الناس يجبر عليها الشركاء إذا طلبها بعضهم، وهي مخالفة للبيوع من وجوه، أحدها: القسمة يجبر عليها الشركاء، والبيع لا يصح إلا بالتراضي من المتبايعين، والثاني: القسمة من شرط جوازها الجنس، والبيع يصح في الجنس وغير الجنس، الثالث: لا يجوز في القسمة الجزاف، والبيع يجوز فيه الجزاف، لأن المقصود بالقسمة تبيين سهام الشركاء وإنما أشبهت البيع من جهة المعاوضة، ولذلك كانت تقاس على البيع في بعض المواضع،

باب في شروط القسمة وصفاتها

قوله: فصل، أي تمييز كما تقدم من أنها تمييز بعض الانصباء من بعض.

قوله: يحجز الله به الظلمة عن الضعفاء، كأن المراد به الظلمة من الورثة عن الضعفاء منهم إذا كانت أموالهم مشتركة والله أعلم.

قوله: والبيع يجوز فيه الجزاف، أي البيع من حيث هو مع قطع النظر عن التفصيل كما تقدم.

ومن شرط جواز القسمة حضور جميع الشركاء أو وكلائهم إذا أرادوا ، لأن الوكالة في القسمة جائزة أصلها البيع ، وكذلك إن وكّل أحدهم بعض شركائه فجائز ، وإن كان بعض الشركاء أطفالاً أو مجانين فخلائفهم تقوم مقامهم ، وأما الغائب فإنه إن ترك وكيله بنفسه قام مقامه ، وإن لم يترك وكيلاً لنفسه فقد اختلف العلماء فيه ، قال بعضهم : المال الذي تركه الغائب قبل غيبته لا يقسم بعده ولو اتفقوا على ذلك ، وذلك فيما يوجبه النظر ، لأن الغائب له حجة في هذا والتضييع إنما جاء من قبل الشركاء وهم الذين ضيعوا حقهم في القسمة حتى غاب ، ومع هذا إنه لا يقضى على غائب ، وقال بعضهم : إن اتفقت العشيرة مع شركاء غائبهم فاستخلفوا له خليفة فاقتسموا وتراضوا بذلك فهو جائز ، ولكن الحاكم لا يجبرهم على ذلك ، وكذلك الديون أيضاً يتوجه إليها هذا الاختلاف أعني الديون التي تلزمه قبل غيبته ، وأما المال الذي ورثه الغائب بعد غيبته

قوله : وكـل أحدهم بعض شركائهم الخ . وذلك لأن اختلاف الجهــة ، بمنزلة اختلاف الذات ، ولأن الشيء مع غيره ، غيره مع نفسه والله أعلم .

قوله : لا يجبرهم على ذلك ، يعني لتفريط الورثة في القسمة قبل أن يغيب شريكهم .

قوله : أعني الديون التي تلزم من قبل غيبته ، يعني إذا كان له مــال يمكن

فإنه يدرك على العشيرة أن يستخلفوا لغائب خليفة فيقتسم الورثة معه ولو لم يصلوا إلى قسمة ذلك إلا بقسمة ما ترك قبل الغيبة ، لأن الغائب ليس له في هذا حجة والضرر لا يحل ، وإن قال واحد من الشركاء : إقتسموا فيما بينكم وأنا أتبع كل واحد منكم بسهمي فهو جائز ، لأن ذلك كان برضاه، أصله كسائر العقود ، وكذلك إن اقتسموا واستتبعوه برأيهم فجوّز لهم ذلك على هذا المعنى ، وأما إن اقتسموا ثم خرج وارث ورث معهم ولم يعلموا به ، فإن قسمتهم لا تجوز ولو جوّزها الداخل ، لأن أصل القسمة لا تجوز ، وقد اقتسموا ما لهم وما ليس لهم ، وفي جواز هذه القسمة أيضاً ضرر على الداخل بتفريق سهمه في الأسهم ، وهذه المسألة

قضاء الدين منه ، قال بعضهم : لا تقام له خليفة لأن التضييع جـــاء من قبل صاحب الدين ، وقال بعضهم : يجوز للعشيرة أن يقيموا له خليفة يقضي عنه دينه ، وهذا هو الظاهر في الدين ، وإلا تعطل حق الغير بخلاف القسمة فإنهم مع التقصير الصادر منهم ،يتمكّنون من الانتفاع بالمشترك بخلاف صاحب الدين والله أعلم فليحرر .

قوله : فإنه يدرك على العشيرة الخ . ظاهره أنهم يجبرون على ذلك .

قوله : إلا بقسمة ما ترك قبل الغيبة ، يعني وقلنا أنه لا يقسم ، وذلك لأن ما يتوقف عليه الواجب فهو واجب مثله والله أعلم .

قوله : وفي جواز هذه القسمة أيضاً ضرر الخ . لقائل أن يقول : إن ذلك يدفع برضاه، والتعليل الأول كاف ، لأن القاعدة أن العقدة إذا اشتملت على ما

بعينها تتطرق إلى المسألة الأولى فتقتضي المنع ، وفي الأثر : وإذا قال واحد من الورثة : اقتسموا فيما بينكم وأنا أتبع كل واحد منكم بسهمي فلا يجوز ، وكذلك إن كان وارثٌ غيرهم ولم يعلموا به فاقتسموا فيما بينهم ثم علموا به فإن قسمتهم لا تجوز ، وكذلك إن كان فيهم غائب أو طفل فاقتسموا فأخرجوا سهامهما ولم يستخلفوا لهما خليفة ، فإن قسمتهم لا تجوز ، ولو جوزها الطفل بعد بلوغه أو الغائب بعد قدومه ، لأن المقصود بالقسمة الإنفصال ، وهؤلاء لم ينفصلوا بعد ، وقد قال

يجوز وما لا يجوز كانت غير جائزة على الراجح ، وظاهر التعليل بوجود الضرر مطلقاً أنه لا يجوز لأحد أن يحدث ضرراً على مال أحد ، ولو رضي به وفيه تأمل والله أعلم .

قوله : وهذه المسألة ، أي وهذه الحجة .

قوله : تتطرق إلى المسألة الأولى ، أراد بها الأولى بالنسبة إلى هذه ، وهي مسألة الاستتباع برأيهم بخلاف التي قبلها ، فإنه صدر ذلك برضاه ابتداءً وفرق بين الرضى الأصلي والطارىء على ما يفهم من كلامه رحمه الله ، إلا أن استدلاله بكلام الأثر يدل على أنه لا عبرة بالرضا في هذه القسمة سواء قبلها ، أو بعدها ، لأن المقصود بالقسمة الإنفصال كما قاله بعده رحمه الله ، وهـــذا هو الظاهر في التعليل دون التعليل بوجود الضرر لانتفائه بالرضا والله أعلم فليحرر .

قوله : بعد ، أي بعد القسمة فليستصحب ذلك الحال بعد الرضا لابتنائه على غير وجه شرعي عندهم .

بعضهم : إنها جائزة إذا رضيا بها ، يعني بعد بلوغ الطفل وقدوم الغائب، وأصل هذا العقود الموقوفة إلى إجازة ملاكها ، ولكن كل معقود عليه في حالة لا يعتبر فيها رضاه من إنكاره فهو بالخيار إذا انتقل إلى حالة هو فيها جائز الأفعال ، أصله خيار الاماء بعد العتق ، ومن شروط جواز القسمة أيضاً الجنس ، لأن المقصود بالقسمة تبيين أسهم الشركاء في الجنس الواحد، ولا تجوز في أجناس مفترقة معاً، مثل الأصل والحيوان والمتاع مع ما يكال ويوزن وكل جنس من هذا على حدة ، وتفصيل ذلك، أما قسمة الأصول والرباع فإنها لا تخلو أن تكون في محل واحد أو في محال كثيرة ، فإذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها إذا انقسمت إلى أجزاء متساوية الصفة ولم تنقص منفعة الأجزاء بالإنقسام ويجبر الشركاء على ذلك ، وهذا يوجد في الأراضي والمزارع ، وقد ذكر في الأثر : أنهم يتواخذون على قسمتها ولو بالأشبار ، وأما ما لا تمكن فيه القسمة إلا بفساد فلا يجبرهم الحاكم على قسمته ، لأن في قسمته ضرراً ،

قوله : وأصل هذا العقود الخ . أصل مبتدأ، والعقود خبره .

قوله : ولكن كل، لعله وذلك كل الخ .

قوله : أصله خيار الإماء بعد العتق ، وذلك أن الأمة إذا زوّجها سيدها ، ثم أعتقها بعد ذلك فلها فسخ النكاح، ولها الإقامة معزوجها كالطفلة: إذا زوجت فلها الخيار إذا بلغت والله أعلم .

والضرر لا يحل ، ولا يجبرهم أيضاً على بيعه ، لأن البيع لا يصح إلا بالتراضي من البائعين لقوله عز وجل: « إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم »[1] ، وليس البيع أيضاً بواجب على أحد في ماله فيجبر عليه ، وذلك مثل غار المعصرة والجب والبيت الواحدة إذا لم يصب كل واحد

قوله: ولا يجبرهم أيضاً على بيعه الخ. خالف مالك أصحابنا في هذا،فذهب إلى أنه يجبرهم إزالة للضرر،وفي كتاب القسمة للشيخ أبي العباس أحمد بن يحيى ابن عبدالله بن محمد بن بكر رحمهم الله،ما هو صريح في قول مالك: حيث قال بعد ما ذكر ما قاله المصنف رحمه الله: ومن العلماء من يقول في الشريك أنه يجبر على أن يبيع أو يشتري في الشيء الذي لا تمكن فيه القسمة،إذا دعاه شريكه إلى ذلك ، وإن أراد أن يبيعاه جميعاً، أو يشترياه جميعاً، فليتزايدا عليه حتى ينتهيا في زيادتها إلى من أراده، فليأخذه قلَّ ذلك أو كثر، وكذلك إن أراد بيعه فإنهما يتناقصان من ثمنه حتى ينتهي إلى من أراده بقلة الثمن فيأخذه،وقيل: إذا كان فيهما من له الأكثر فإن العدول يقومون ، ويعطي صاحب الأكثر لصاحب الأقل قيمة نصيبه،ومنهم من يقول: يقدمه العدول ، فيقترعان عليه ولو كان فيهم من له الأكثر ، فمن وقعت قرعته عليه منهما ، فليأخذه ويعطي لشريكه قيمة حصته ، وأما إن أراد جميعاً بيعة لغيرهما ، فلهما ذلك ويقسمان ثمنه ، ومن العلماء من يقول فيما لا تمكن فيه القسمة من جميع المشترك أنه لا يصيب فيه الشريك منع المنافع بينهم ، ويقسمون منافع ذلك على قدر حصصهم الخ .

قوله : مثل غار المعصرة الخ . هذا مثال لما لاتمكن فيه القسمة .

---

(١) تقدم ذكرها.

من الشركاء في نصيبه مصالح بيته جميعاً مثل أن يصيب في نصيبه ما يرقد فيه ويمد رجله وموضع أداة خدمته ومن أين يستخرج بابه ، فإذا أصابوا جميعاً ما ذكرنا فإنهم يجبرون على القسمة ، وأما بيوت القصر إذا أصاب كل واحد منهم في نصيبه من أين يدخل أو يخرج كما تيسر له وهو مصالح بيت القصر فإنهم يجبرون على قسمته ، وكذلك الحانوت أيضاً إن أصاب كل واحد منهم مصاليح الحانوت في نصيبه وهو موضع يقعد فيه ويضع فيه ميزانه للبيع والشراء ، فإنهم يتواخذون على القسمة إذا أصابوا ما ذكرنا وهو أقل ما يقع عليه الإسم في هذا ، وجميع ما ذكرنا إذا لم تكن فيه القسمة بما ذكرنا وأراد واحد من الشركاء أن يأخذ شركاءه على إغلاقه فله ذلك ، لأن القسمة لا يجبرون عليها لأجل الضرر الداخل بالقسمة والبيع لا يجبرون عليه ، لأن ذلك مخالفة الأصول واستخدامه لا يكون إلا باتفاق من الشركاء، ولذلك يتواخذون على إغلاقه إلا الجب

قوله : بما ذكرنا ، وهو أن يصيب كل واحد منها مصلحته .

قوله : على أغلاقه ، هذا ظاهر إذا تساوت الأسهم مثلاً ، وأما لو كان له قيراط مثلاً في بيت ففي أغلاقه إذا طلب ذلك تأمل والله أعلم .

قوله : واستخدامه لا يكون الخ . علله فيما تقدم بكونه منفعة معدومة وفرزها أمكن وجوداً من غيرها ، ولقائل أن يقول: اغتفار ذلك الغرر لإمكان الرجوع فيه على الشركاء أهون من الضرر الداخل على الشريك بإغلاقها ،

فإنهم لا يتواخذون على إغلاقه ولو كان القسمة لا تمكن فيه ، لأن بيع الماء لا يحل ، وقد ورد النهي فيه لكن يستقي كل واحد من الشركاء ما أراد ولا يصيب أن يستقي غيره بغير إذن شركائه إذا وقعت المشاححة بينهم ، وكذلك أيضاً لا يتواخذ الشركاء على قسمة الدابة الواحدة أو المزراق أو السيف أو الثوب الواحد وما أشبه ذلك مما لا تمكن فيه القسمة إلا بفساده ، وكذلك كل زوجين لا يستنفع بأحدهما دون الآخر مثل الخفين والنعلين والقرقين وأحجار المطحنة وما أشبه ذلك ، وبالجملة كل شيء لا تمكن فيه القسمة لا يتواخذون على قسمته ، وقد قال بعض العلماء: إنهم يتواخذون على قسمته إذا طلب أحد الشركاء ذلك ، والحجة لهم قول الله تعالى : « مما قلّ منه أو كَثُرَ نصيباً مفروضاً »[1] ، وفي الأثر :

فالظاهر ـ والله أعلم ـ الجبر على القسمة بالمنافع. أو يقال بقول من قال: يجبر على القسمة مطلقاً لظاهر الآية ، وإن طلبها صاحب الأقل لرضاه بالضرر ، إلا أنه لا حظّ للنظر مع وجود الأثر والله أعلم.

قوله : وكذلك أيضاً لا يتواخذ الشركاء على قسمة الدابة الخ . وكذلك لو اتفق الكل على ذلك لم يجز لأنه سفه وفساد ، والله لا يحب الفساد ، وربما يؤخذ هذا من كلامه بعد حيث قال : وإذا اقتسم رجلان أرضاً ، وقد تبين لهما فيها الغبن إلى أن قال : لأن قسمة الغبن لا تحل وهو ضرر ، إلا أن المتبادر من كلامه نفي الجبر فقط والله أعلم فليحرر .

---

(١) النساء : ٧ .

وإذا كانت الدار صغيرة بين اثنين أو شقص قليل في دار لا يكون بيتاً ، فإن ابن عبد العزيز يقول : هو إن طلب القسمة قسمت له منه ، ألا ترى أن صاحب القليل ينتفع بنصيب صاحب الكثير وبه نأخذ ، وكان الربيع يقول : لا يقسم شيء من هذا ونحوه ، وقول الربيع هو المأخوذ به عند أصحابنا ، وأما ما اعتلّ به ابن عبد العزيز من انتفاع صاحب القليل بنصيب صاحبه الكثير فإن الانتفاع عند أصحابنا لا يكون إلا باتفاق من الشركاء والله أعلم . وإن كانت الأصول والرباع والحيوان والعروض أكثر من واحد أيضاً فإنها لا تخلوا أيضاً من أن تكون من نوع واحد أو مختلفة الأنواع ، فإذا كانت متفقة الأنواع قسمت ويتواخذ الشركاء على قسمتهما ، ومثل ذلك إن اشتركوا فدادين أو بساتين

قوله : أنه هو طلب الخ . المتبادر من كلامه أن الطالب للقسمة هو صاحب الأقل الذي ليس في نصيبه ما يصلح أن يكون بيتاً ، فكأنه رضي لنفسه بالضرر لأنه كان ينتفع بنصيب شريكه ، ولولا نصيبه ما انتفع بشيء لقلة سهمه ، فحين رضي بقطع ذلك أجيب ، ومفهومه أنه إذا كان الطالب للقسمة هو صاحب الاكثر لا تفسخ له لما يحصل من الضرر لصاحب الأقل والله أعلم فليحرر .

قوله : له منه ، أي لصاحب القليل من صاحب الكثير .

قوله : ألا ترى أن صاحب القليل ينتفع الخ . يعني فحين رضي بقطع منفعته أجيب لذلك ، وهذه العلة إنما تظهر إذا اتفق مع صاحب الكثير على الإنتفاع ، فلذلك عارضه المصنف رحمه الله بعد والله أعلم فليحرر .

أو دوراً وزياتين أو نخيلاً أو ما أشبه ذلك من جميع أنواع الأشجار ، فإنهم يتواخذون على قسمة كل نوع من هـــذا في ذاته ، وكذلك إن اشتركوا غنماً أو إبلاً أو بقراً أو ثياباً أو سيوفاً أو ما أشبه ذلك من جميع الأنواع على هذا الحال ، فإن قال كل واحد من الشركاء لصاحبه : لا أخرج لك من كل نخلة إذا اشتركوا نخلاً أو كل بقوة إذا اشتركوا بقراً أو من كل ثوب أو سيف إذا اشتركوا ثياباً أو سيوفاً،فإنه لا يصيب ذلك إذا كانت القسمة تمكن بينهم ، وأما إن اشتركوا فدادين أو بساتين أو ما أشبه ذلك ، فقال كل واحد من الشركاء لا أخرج لك من كل فدان ، أو بستان فإنه لا يجد ذلك ، إذا كانت الفدادين أو البساتين متساوية في الجودة والقرب والبعد ، والأمن والخوف وما أشبه ذلك ، وإن كان غير متساوية في جميع ما ذكرنا ، فله قوله لأن القسمة تمكن في كل فدان أو في كل بستان ودار في ذاته ، بخلاف الأشجار

قوله : فإنه لا يجد ذلك ، إذا كانت الفدادين الخ . قال شيخنا رحمه الله : ذهب الشافعي إلى أنه لا يجبران سواء تجاور الداران والحانوتان ، أو تباعدا لشدة اختلاف الاغراض بذلك ، وقال مالك : يجبر عند التجاور ، وقال أبو حنيفة : يجبر إن كان احدى الدارين حجرة الاخرى، وما ذهب إليه أصحابنا أظهر إذ مع الصفات المذكورة لا تفاوت والله أعلم بالصواب انتهى .

قوله : في كل فدان وفي كل بستان ودار الخ . أمـــا الفدان والبستان

والحيوان والمتاع والله أعلم . وإن كان واحد من الشركاء لا يصح له في نصيبه سهم تام فإنه لا يدرك عليه شركاؤه القسمة ، ومثل ذلك إن اشتركوا زياتين أو نخلاً ، أو بقراً ، أو ثياباً وكان لأحدهم في تلك النخيل ، أو البقر ، أو الثياب شقص يسير لا يجتمع له من جميع نصيبه نخلة واحدة ، أو بقرة واحدة ، أو ثوب واحد لا يدرك عليه شركاؤه القسمة ، ولو قالوا له : نعطيك شجرة تامة أو بقرة تامة إلا إن شاء ذلك ، وأما المكيل والموزون فإنه يقسم كل صنف مكيل بالكيل وكل صنف موزون بالوزن ، مثل القمح والشعير والتمر والزبيب والعدس والفول وما أشبه ذلك ، فإنه يقسم كل صنف من هذا بالكيل في ذاته ، وكذلك الموزون فإنه يقسم كل صنف بالوزن ، مثل الحديد والنحاس

فظاهر ، وأما الدار فقد لا يمكن فيها ذلك ثم ظهر أن المراد بالدار غير البيت لأن الدار ما اشتملت على بيوت والله أعلم .

قوله : بخلاف الاشجار الخ . يعني فإنه ليس له قوله لأنه لاتمكن القسمة في كل واحد في ذاته ، فيجبر على القسمة بالقيمة .

قوله : والمتاع ، يعني الذي ليس بمكيل ولا موزون في ذلك مثل الثياب والسيوف والأواني ، وما أشبه ذلك ، والله أعلم .

قوله : سهم تام ، أي لا يصح له شيء لا شركة فيــه كما يدل عليه كلامه بعد .

والرصاص والقطن والصوف والكتان وما أشبه ذلك والله أعلم ، وإن كانت الأموال مختلفة الأنواع ، فلا تجوز القسمة فيها معاً مثل أن يجعلوا الأرض سهماً والعنب سهماً والنخيل سهماً ، وكذلك الحيوان مثل أن يجعلوا البقر سهماً ، والغنم سهماً وما أشبه هذا مما لم نذكره ، لأن المقصود بالقسمة تمييز أسهم الشركاء في الشيء المشترك بينهم ولا يمكن ذلك إلا في الجنس ، غير أن القسمة من جهة ما كانت معلومة تقتضي جواز ذلك ، كما يجوز بيع الأشياء المختلفة بعضها ببعض ، وذلك فيما يوجبه النظر إذا استعملت من جهة المعاوضة ، مثل إذا تبايع المقتسمون فيما بينهم أو تواهبوا أو تباروا أو تبادلوا والله أعلم . وإن اشتركوا جملين أو فرسين فتفاضلوا في القيمة ، فلا يجوز أن يزيد على الرديء منهما دراهم أو دنانير ، لأنها قسمة في غير الجنس ، وقال

قوله : مثل إذا تبايع المقتسمان الخ . يعني فإن هذه الأشياء اشبهت البيع فتجوز كما يجوز بخلاف قسمة القرعة فإنها لا تشبه البيع كما سيأتي ، فلا بد من إتحاد الجنس والله أعلم .

قوله : فلا يجوز أن يزيد على الرديء منهما دارهم الخ . ينظر كيف تكون المفاضلة بينهما حينئذ ، اللهم إلا أن يقال يترادان الفضل بينهما ، فإن القسمة لا تكون إلا بالقيمة فيدفع صاحب الجيد لصاحب الرديء ما يخصه من تلك الزيادة فلم يقسما في الحقيقة إلا تركة الميت ، لأن تلك الزيادة صارت منهما والله أعلم فليحرر .

بعض بجواز ذلك بشرط أن تكون الزيادة من تركة الميت وتكون حاضرة ، لأن تركة الميت هي التي تجب فيها القسمة ، ومنهم من يقول : يجوز لهما أن يفعل ذلك ولو من غير تركة ، وذلك فيما يوجبه النظر في غير قسمة القرعة ، وكذلك العروض والمتاع إذا تفاضلا على هذا الحال ، والمكيل والموزون يزيداه بمنزلة الدراهم والدنانير على هذا المعنى ، وأما الأصل فلا يجوز لهما إذا تفاضلا أن يزيد على الدين منه الدنانير والدراهم ، لأن الأصل تمكن فيه القسمة بخلاف غيره والله أعلم . ومن شرط جواز

قوله : وقال بعض بجواز ذلك الخ . ظاهره أن الزيادة لا تكون إلا من الدنانير والدراهم دون غيرها ، وسبب ذلك أن الدنانير والدراهم ترجع إليها الاشياء عند التقدير ، وذكر المصنف رحمه الله بعدُ أن المكيل والموزون بمنزلة الدنانير والدراهم والله أعلم .

قوله : في غير قسمة القرعة ، يعني لأنها لا تشبه البيع ومبنية على المشاححة والله أعلم .

قوله : والمكيل والموزون يزيداه ، لعله يزيدانهما ، والمراد أنهما يزيدان على الرديء إذا أراد القسمة كما تزاد الدنانير والدراهم لأنهما بمنزلتهما على كلامه رحمه الله ، يعني يزادان عند من أجاز زيادة الدنانير والدراهم والله أعلم .

قوله : لأن الاصل تمكن فيه القسمة ، يعني في أفراده بعضها مع بعض ، فلا ينافي ما تقدم حيث جعله مقابلا لما تمكن فيه القسمة ، فقال: بخلاف الاشجار والحيوان والمتاع ، لأن المراد هناك عدم القسمة في ذاتها لكن في تفرقته هنا

القسمة أيضاً القيمة، ولا تجوز إلا بها، ولا يحتاج إلى القيمة فيما يكال ويوزن، لأن الكيل والوزن أبلغ من القيمة، ولا يعلم تساوي الأشياء الغير مكيلة ولا موزونة إلا بالقيمة ولو كانت من نوع واحد ؛ لأنها وإن كانت متفقة من جهة النوع فهي مختلفة من جهة أخرى وهي العِظم والصغر والجودة وغيرها والأمن والخوف والقرب والبعد والأفعال النفسانية في الحيوان خاصة، ولذلك تحتاج القسمة إلى القيمة في هذا كله، وبذلك يعرف تساويها والله أعلم . وبعضٌ جوَّز القسمة في الحيوان من غير قيمة، وكذلك الأصل عند بعضهم، فهذا يدل من قولهم أن المِثْل يصح في الحيوان والأصل، وقد ورد الشرع بالمثل في الحيوان قوله تعالى في جزاء الصيد : « فجزاء مثل ما قتل من النّعم »[1]، وحديث أبي رافع أيضاً المعروف الذي جاء في القرض في الحيوان وقلَّ ما يقع شيئان متشابهان من كل وجه، ولا بد أن يفضل أحدهما الآخر

بين الحيوان والعروض والمتاع، وبين الأصل تأمل حيث جعل الاصل هو الذي لا يزاد لرديئه والله أعلم فليراجــع وليحرر .

قوله : وقد ورد الشرع، لعله وقد، أولأنه قد .

---

(١) المائدة : ٩٥ .

بشيء والآخر بشيء ، ولكن المراعاة في ذلك الكثرة والله أعلم . ومن شرط جواز القسمة أيضاً حضور الشيء المقسوم من أجل الغرر ، لأنه يمكن أن يكون الشيء معدوماً في حال القسمة أو زائداً أو ناقصاً فتقع قسمتهم على ما لم يعلموه وهو غرر ، وهذا في غير الأصل ، وأما الأصل فجائز أن يقتسموه ولو كان غائباً عنهم إذا علموه ، لأن الأصل بخلاف غيره في ذلك وليس بسريع التغيير ، وأكثر سرعة إلى التغيير الحيوان ، وقد ذكر عن بعضهم : جواز قسمة الشيء ولو كان غائباً عنهم مدة لا يتغير فيها وهذا كالبيع ، وكذلك أيضاً من شرط جواز القسمة أن يكون الشيء معلوماً كالبيع ، وأما الشروط التي يدخلها المقتسمون بينهم فالأصل فيها قوله عليه السلام : (المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً)[1] ، ومثل ذلك إذا اقتسم رجلان أرضاً فاشترط كل واحد منهما على صاحبه في حين القسمة ألا يحرث في سهمه شيئاً ، ولا يبني فيه ولا يغرس فإن قسمتهما لا تجوز ،لأنها كانت على شرط حرام ما هو حلال له من الانتفاع بما له ، فإن قال قائل : فهلاّ بطل الشرط

قوله : مدة لا يتغير فيها،وذلك سبعة أيام في الكبار وثلاثة أيام في الصغار .
قوله : فهلاّ بطل الشرط وثبتت القسمة الخ . يعني بـــل بطلت القسمة

(١) تقدم ذكره .

وثبتت القسمة قياساً على ما في حديث بريرة حين اشترتها عائشة لتعتقها فاشترط البائع ولاءها ، فأجاز النبي ﷺ البيع وأبطل الشرط ، لأن البائع اشترط من الولاء ما لا يحل له تملكه ؟ قيل له : البيع في هذا الوجه أسهل من القسمة ، إذ من شرط جواز القسمة الجنس مع التساوي، ولا يؤمن أن يجعلا لذلك الشرط قسطاً من الأرض مع أنه لو لم يجعلا لذلك الشرط قسطاً من الأرض يدخلها الفسخ من جهة أخرى وهو أن هذا الشرط يدركه كل واحد منهما قبل القسمة وهو من أحكام الشركة ، فإذا اشترطوه في القسمة بطلت القسمـــة وثبت الشرط ، لأن الشركة

وثبت الشرط كما يدل عليه آخر كلامه ، فإن قلت : فهلاّ بطل الشرط أيضاً كما يدل عليه ظاهر الحديث لكونه حرم حلالاً ؟ قلت : إنما يكون محرماً للحلال بالنظر إلى ما بعد القسمة فقط ، وأما بالنظر إلى ما قبلها فهو صحيح ، كما هو معلوم ، فلما بطلت القسمة استمر على حاله والله أعلم فليحرر .

قوله : أسهل من القسمة الخ . هذا ظاهر في قسمة القرعة ، وأما غيرها من الوجوه التي تشبه البيع ، فينبغي أن تجري مجرى البيع كما يؤخذ من كلامه فيما تقدم من جوازه مع اختلاف الجنس والله أعلم .

قوله : لذلك الشرط قسطا الخ . يعني فيما إذا اشترط ما ذكر أحدهما فقط ، لأنه لا يرضى له بذلك صاحبه في الغالب ، إلا إذا جعل له شيئاً في مقابلة المنع من ذلك ، فلو جازت القسمة مع هذا الشرط لفـــات التساوي المشترط والله أعلم .

وأحكامها أصل قبل القسمة ، والقسمة فرع بعد الشركة ولا تكون إلا بعد الشركة ، والقسمة في هذا الوجه مخالفة للبيع بل هي مضادة له والله أعلم . وكذلك أيضاً إن اشترك رجلان أرضاً وليس لها إلا طريق واحد فاتفقا على أن يأخذ أحدهما الثلثين من الأرض على أن لا يكون له الطريق من طريقهم الأول ، وليس يمكن لتلك الأرض طريق غير ذلك فلا تجوز قسمتهما ، لأن في تجويز هذا الشرط تحريم ما لا بد منه له وهو الطريق إلى ما له فبطل الشرط والقسمة جميعاً ، لأن الشرط له قسط من المقسوم ، وأما إن كان لتلك الأرض مكان يمكنها منه الطريق غير

قوله : مخالفة للبيع الخ . هذا أيضاً ظاهر في قسمة القرعة فقط ، وظاهره أن مثل هذه الأشياء المتقدمة إذا اشترطت في المبيع بطلت وصح البيع عكس القسمة ، وهو كذلك لأن القاعدة أن الشرط إذا حرم حلالاً في البيع بطل وصح البيع كما في حديث بريرة ،فثبت حينئذ أن القسمة في هذا الوجه مصادرة للبيع والله أعلم . وأما لو باع له شجرة على أن يقطعها ، وهي في ملك البائع فإنه يصح البيع والشرط ، فلو تركها حتى أثمرت فإن ثمرتها للفقراء والمساكين على ما في ابن جعفر وفيه قول : أن الثمرة للبائع والبيع منفسخ فليراجع .

قوله : لأن الشرط له قسط من المقسوم ، يعني مع عدم إمكان الجواز من غير تلك الطريق ، وأما لو أمكن فإن ذلك القسط يجعل في نظير ما استغل به صاحبه من منفعة الطريق في عدم الجواز عليه مثلاً ، كما يؤخذ من كلامه بعد ، فيما إذا أمكن ، فالمراد في بطلان الشرط على هذا تحريم ما لا بد منه مثلاً والله أعلم فليحرر .

طريقه الأول فالقسمة جائزة ، والشرط جائز ، والمؤمنون على شروطهم، وكذلك البيع على هذا الحال ، وإذا اقتسم رجلان أرضاً أو داراً وقد كان لها طريق ولم يذكرا طريقها في حين القسمة ، فإن طريقها الأول هو طَريقها جميعاً وقسمتها جائزة ، ولو كان الطريق يمكنها من جميع النواحي ولا يمنع أحدهما صاحبه من الجواز في أرضه على طريقها الأول ، وأما إن أراد الجواز على ذلك الطريق إلى أرض أخرى له غير المقسومة فلا يدرك ذلك عليه لأن كل أرض وطريقها على ماكانت عليه ولا يحدث شيئاً لم يكن ، وكذلك الساقية إن جعلاها حدّاً بينهما لا يجوز لأحدهما أن يجوّز الماء في تلك الساقية إلى أرض أخرى له أسفل من تلك الأرض

قوله : فالقسمة جائزة والشرط جائز الخ . لقائل أن يقول : في تجويز هذه القسمة وهذا الشرط نظر على ما قدمه من اشتراط التساوي في القسمة ، فإنه لا شك أنه ها هنا لم يحصل التساوي ، لأن أحدهما أخذ الثلثين والآخر الثلث ، اللهم إلا ان يقال: لمّا جعل القدر الزائد في نظير عدم الجواز من طريقهم المشتركة لمنفعة أرادها مَن أخذ الأقل مع إمكان الجواز من غير تلك الطريق لصاحبه ، عُدّ ذلك تساويا ، بخلاف ما إذا لم يمكن الجواز من غيره ، فحصل الفرق والله أعلم فليحرر .

قوله : من الجواز في أرضه ، يعني إلى ما نابه من الأرض المقسومة .

قوله : إن جعلاها حداً بينهما ، ينظر ما معنى كونها حداً بينهما، ولعل المراد أنها مشتركة بينهما ، أي لم يقسموها والله أعلم ، فليراجع .

إلا بإذن صاحبه ، لأنه لا يجوز له أن يحدث شيئاً لم يكن أول مرة والله أعلم . وإن اقتسم رجلان أرضاً واتفقا على أن يبنياها فبنى أحدهما ، وأراد الآخر أن يحرث أرضه فإنه يترك بقدر ما لا يضرُّ به حصة صاحبه ويحرث أرضه ، وليس في هذا الشرط ما يضر بالقسمة ، لأنه لم يؤثر شيئاً ، وإذا اقتسم رجلان أرضاً وقد تبين لهما فيها الغبن واقتسماها على أن من وقعت قرعته على السهم الذي فيه الغبن أخذه فلا تجوز قسمتها ، لأن قسمة الغبن لا تحل وهي ضرر ، وكذلك إن اتفقا على المشترك على أن يتقارعا عليه ، فمن وقعت عليه قرعته أخذه كله من غير القسمة ، ويبقى صاحبه لم يأخذ شيئاً فلا يجوز هذا ، لأنه أخذ الأموال بغير حق ، وإن اقتسم رجلان داراً على أن يبنيا فيما بينهما حائطاً فقسمتهما جائزة ، فمن أبى منهما على البنيان فإن الحاكم يجبره فيبنيان حتى لا يرى كل واحد منهما ما في دار صاحبه ، فهذا الشرط جائز والمؤمنون على شروطهم ، وإن اقتسما ولم يذكرا البنيان فيما بينهما فلا يبني كل واحد منهما فيما بينه

قوله : على أن من وقعت قرعته الخ . فيه إشارة إلى أن عدم الجواز إذا اقتسما قسمة قرعة والله أعلم .

قوله : لأن قسمة الغبن لا تحل وهي ضرر ، في هذه القسمة أيضاً نوع من أكل أموال الناس بالباطل والقمار المنهي عنه في الشرع كما هو ظاهر ، والله أعلم .

وبين صاحبه إلا باتفاقهما ، لأنه يمكن أن تكون منفعة أحدهما في ذلك ، وكذلك أيضاً الفدان إن اقتسماه على هذا الحال لا يدرك أحدهما أن يجعلا جسراً فيما بينهما إلا باتفاقهما والله أعلم . وإن انهدم شيء من حيطان الدار من ناحية أحدهما بعد ما اقتسماها ، فإن صاحبه يأخذه أن يبني ما انهدم من ناحيته لأجل ما يدخل عليه من الضرر ويجبره له الحاكم على ذلك إلا إن اقتسما الدار أول مرة على أن يبنيا فيما بينهما حائطاً ، ولا يدرك عليه من بنيان ما انهدم من حيطان الدار شيئاً ، وكذلك الفدان إن انكسر من ناحية أحدهما ، فإنه يدرك عليه صاحبه أن يعمله إلا إذا اقتسما على أن يعملا الجسر فيما بينهما فإنهم يتواخذون على الجسر دون غيره ، وإن اقتسما بقعة الدار واتفقا على أن يترك حيطان الدار فيما بينهما فإن ذلك جائز ويدرك كل واحد منهما على صاحبه بنيان ما انهدم

قوله : أن تكون منفعة الخ . أي كدخول الهواء عليه من تلك الناحية .

قوله : إلا باتفاقهما ، يعني ما لم يتفقا على ذلك قبل القسمة فإن اتفقا عليه فمن أبى منهما يجبره الحاكم كما في الدار والله أعلم .

قوله : بقعة الدار واتفقا الخ . ومثل هـذا جسر الفدان إذا تركاه بينهما والله أعلم .

من حيطان الدار لأنهما بينهما والله أعلم . وان اشترك رجلان دارا أو اتفقا على قسمتها على أن يسكن أحدهما فيها كذا وكذا شهراً فإن تلك القسمة لا تجوز ، لأن في هذا الشرط زيادة منفعة على ما له ، ومن شرط جواز القسمة الجنس والتساوي والله أعلم .

●●●●●●

باب في دعاوى الورثة
بعضها على بعض في القسمة

وإذا استمسك رجل برجل عند الحاكم وادَّعى عليه أن يقتسما الأصل الذي بينهما بالميراث أو بالهبة أو بالشراء أو غير ذلك ، فلا يلزم الحاكم أن يستردد له خصيمه الجواب حتى يذكر المدعي بأي وجه اشتركوا به ، ليكون على بينة من أمره لأنه يمكن أن يكونوا في ذلك الأصل بوجه لا يحل ويذكر أيضاً من ورثوا عنه ، لأن الحاكم لا ينصب الخصومة بينهم إذا كان يعلم مورثهم حتى يعلم بموته ، لأن اليقين لا يزيله إلا اليقين وإن لم يعلم مورثهم فليس عليه من ذلك شيء أن يستقضي في

باب في دعاوى الورثة بعضها على بعض في القسمة

قوله : لأن اليقين لا يزيله إلا اليقين ، هذا بحسب الظاهر مشكل في الموت خصوصاً إذا لم يقع الإنكار ، قال رحمه الله ، فيما تقدم في كتـــاب الصيام فيما يتعلق برؤية الهلال : وكذلك يجوز مشهور أهل الجملة في الاميـــال والإياس

حياته أو موته، وأما الهبة والشراء فليس عليه ذكر البائع والواهب لأن الحاكم لا يحتاج إلى معرفتهما، وإن أقر المدعى عليه جبره الحاكم على القسمة ويحلّفهما بالأيمان أن يقتسما إلى يوم كذا وكذا، أو يحلفهما ألا يجوز عليهما أجل كذا وكذا إلا قسما ما اشتركا قسمة لم يكن فيها ضرر ، وإن طلب المدعي إلى المدعى عليه الحميل فله ذلك إذا خاف أن يعطله حقه ، وإن طلب أيضاً المدعي الحاكم أن يغلق له البيوت التي ترك مورثهم حتى يقسموا فله ذلك إذا صحت البيوت أنها لمورثهم، ومن أبى منهم على القسمة جبره الحاكم بالسجن حتى ينعم بالقسمة

والإمامة في المواضع التي هي فيها ، وكذلك يجوز قولهم في الموت والنسب والنكاح ما لم يكن الإنكار ، فإذا وقع الإنكار كان من باب الشهادة التي يشترط فيها العدد والعدالة جميعاً لموضع التنازع ، وأما إن لم يقع الإنكار ، فهو من باب الدين والعمل بالأحاديث الخ . فتراه رحمه الله اكتفى في ثبوت الموت بخبر أهل الجملة فضلاً عن شهادة العدلين، على أن شهادة العدلين لا تفيد اليقين أيضاً بل إنما تفيد الظن فقط، وغالب أحكام الشريعة يكتفى فيها بذلك دون العلم اليقين، قال أيضاً رحمه الله، فيما تقدم فيما يتعلق برؤية الهلال: فإن قال قائل: إن شهادة الشاهدين لا توجب علماً بالحقيقة على ما أصلته لنفسك من العلم الحقيقي الذي يقيد الخروج من العبادة الثابتة باليقين ، قيل له : إنما جواز شهادة الشاهدين من طريق الشريعة لا من طريق العلم والإجماع على ذلك ، لأنا لو تركنا وصحة اليقين ما صح لنا علم بشهادة الشاهدين ، ولو كانوا عشرة الخ. اللهم إلا أن يقال: أراد رحمه الله باليقين مطلق العلم الشامل للظن والله أعلم فليحرر .

ولا يرفع غيره من الورثة إذا جعلوا في ذلك الأصل المشترك حتى ينعم بالقسمة ، وإن أنكر أول مرة وقال : لم يكن هذا بابن فلان ولم يشترك معي مالاً نقسمه معه ، فعلى المدعي البينة بأنه فلان بن فلان ولا يجزيه في ذلك إلا البينة لأنه نفاه من النسب ، فإن أتى بالبينة جبره الحاكم على القسمة ، فإن لم تكن له بينة فلا يدرك عليه اليمين أنه لم يكن فلان بن فلان لأنه يكون غائباً ، ولا يلزم اليمين على الغائب ولأن المدعى عليه لو قال : لم أدر أنك فلان بن فلان ولا أصدقك على قولك أنك ابن فلان حتى تبين ذلك لكان له ذلك ، واليمين إنما يلزم المدعى عليه فيما يوجبه النظر إذا لم ينسب إليه الفعل في شيء يمكن أن يعرفه ، مما لا تصح فيه البينة ، ولا يكون غيباً ولا ثابت المعرفة بشرط أن تكون الدعوى

قوله : ولا يجزيه في ذلك إلا البينة الخ . يعني ولا يجزيه في ذلك خبر أهل الجملة حيث وقع الإنكار .

قوله : لأنه يكون غائباً، لعله غيباً .

قوله : في شيء، متعلق بقوله : يلزم، وقوله إذا لم ينسب إليه الفعل، قَيْدٌ أشار به إلى أنه إذا نسب إليه يلزمه اليمين عند الإنكار من غير تفصيل والله أعلم فليحرر . ولكن المناسب أن يقول بعد مما تصح فيه الخ .

قوله : مما لا تصح، أي مما لا توجد فيه مع إمكان الوجود ، وأما ما لا يمكن أن توجد فيه كأفعال القلب ، فلا يمين والله أعلم .

للمدعي، وإن ردَّ الجواب المدعى عليه وقال : قد كان وارث ورث معنا وهو أخونا وابن عمنا أو غيرهم ممن يشترك معهم في الميراث ، فعلى مدعي الوارث البينة أنه وارث،ولم ينف نفسه من النسب ويجزيه في ذلك الخبر وإنما يجزيه الخبر في هذا لأن هذا إثبات وارث غيره،ولم يدَّع الوارث ذلك

قوله : ولم ينف نفسه ، الظاهر أن الجملة حال من المدعي ، والمعنى فعلى المدعي الوارث في حال كونه لم ينف نفسه من النسب ، يعني من الميراث البينة بأن الغير وارث معهم وتقبل بينته ، يعني وأما لو نفى نفسه من الميراث وادّعى أن غيره هو الوارث معه ، وأقام على ذلك بينة لم تقبل منه لأنه ليس له في ذلك دخل ، وهذا المفهوم هو المشار إليه بقوله بعد:ألا ترى أنه لو قال:لست بوارث لفلان كيف تصح بينة من قال : لست بوارث ، والحاصل أن من قال: لست بوارث ، لا تصح بينته لنفسه لأنه قد كذبها ، ولا لغيره لأنه لا دخل له في ذلك إلا أن هذا سيأتي فيها كلام عند قوله : فإن قال قائل أرأيت الخ . والله أعلم فليحرر . فإنه في غاية الصعوبة عندي لعدم نسخة صحيحة ، وشيخ يوضحها والله أعلم . ويحتمل أن الجملة حال من الوارث المدعى له ، أي والحال أن الوارث المدعى له لم ينف نفسه من النسب ، وتكون الإضافة في قوله بينة من قال الخ . للملابسة ، ثم قوله : ألا ترى أنه لو قال لست بوارث الخ . المراد به الاستدلال على أنه يجزيه الخبر عند الدعوى للغير ، لأن الخبر لا ينافي نفي ذلك الوارث نفسه من النسب بخلاف البينة فإنها لا تصح ، إذا نفى ذلك الوارث نفسه من النسب والله أعلم .

قوله : ولم يدّع الوارث ذلك ، يعني وأما لو ادعاه فإنه لا يجزيه الخبر، إذا وقع الإنكار،وكأنه أراد بالوارث هنا من ادعى له أنه وارث من غير أن يكون

ألا ترى أنه لو قال: لست بوارث لفلان كيف تصح بينة من قال: لست بوارث والله أعلم . وإن لم تكن له بينة فليؤخذ على القسمة ، ولايدرك اليمين على المدعي لأنه غيب ولأن دعواه للغير كما ذكرنا ، وإن قال المدعى عليه : قد ترك مورثنا وارثاً ورث ماله دوننا مثل أبيه أو جده أو ممن لا يمكن أن يكون إلا منه مثل الأم والجدة فأنكرهم المدعي فعليه البينة بأن الميت لم يترك غيرهم هو والمدعى عليه ، وإنما كانت عليه البينة في هذا الوجه لأن الوارث الذي ادعاه المدعى عليه كائن لا بد منه فمن نفاه بعد ثبوته فعليه البينة، فإن أتاه بالبيان أخذه له

هو المدعي ، كأن يكون غائباً مثلا ، إلا أن قوله ألا ترى الخ . غير ملتئم مع ما قبله ، فلو تركه وقال: مثلاً ، فلو قال لست بوارث، لم تصح بينة الخ. لكان أظهر لإفادته حكم من نفى نفسه والله أعلم فليحرر وليراجع .

قوله : وإن لم تكن له ، أي المدعي الوارث .

قوله : بينة ، أراد بها ما يشمل الخبر .

قوله : ولا يدرك اليمين على المدعي ، يعني وهو الطالب للقسمة .

قوله : ولأن دعواه ، أي ولأن دعوى المدعى عليه ، وهو المطلوب للقسمة الخ . ويؤخذ منه أن من كانت دعواه للغير لا يحلف غيره ، يعني ما لم يوكل على ذلك والله أعلم .

قوله : فعليه البينة الخ . إنما كانت عليه البينة مع كونه منكراً ، لأن إنكاره متضمن لدعوى موت المورث .

على القسمة ، ويجزي في ذلك الخبر أيضاً ، لأن هذا الشيء لا يصح فيه القطع وإنما هي شهادة على الظاهر ،ويدل على ذلك لو شهد شاهدان آخران لوارث آخر يرث معهم لم تبطل شهادتهما لأن الشهادتين لم تتدافعا ، فإن لم تكن للمدعي البينة فلا يؤخذ له على القسمة ولا يدرك اليمين عليه لأنه ادعى وارثاً معروفاً فلا يمين فيه ، وان قال المدعى عليه ما ورث هذا مورثنا وإنما هذا عبد لم يرثه ، أو قال : هو قتل مورثنا أو قال : هو مشرك ، أو كان المدعي امرأة فقال : قد طلقها مورثنا في حياته ثلاثاً فعليه البينة في هذه الوجوه كلها ، فإن لم يجد البينة فلا يدرك اليمين إلا في طلاق المرأة إن لم يتهم بالضرر في ذلك ، لأن الطلاق يمكن أن تعرف به

قوله : ويجزي في ذلك الخبر ، يعني دون البينة العادلة ، وهذا ظاهر إذا لم يقع الإنكار ، فإذا وقع الإنكار لم تجز إلا البينة العادلة والله أعلم .

قوله : لأن هذا شيء لا يصح فيه القطع الخ . يعني أن انحصار الإرث فيهما أمر ظني ، فلذلك تجوز الشهادة لوارث آخر بعد ذلك مثلاً .

قوله : ولا يدرك اليمين عليه الخ . أنظر هل يدرك عليه بأنه ما علم بموته ، لأن علم الموت أمر ممكن ، والظاهر أنه يدرك اليمين على العلم في جميع ما أنكر فيه العلم بالموت ، ويرشد إلى ذلك قوله بعد في الطلاق : ويمكن أن تعرف بـه المرأة والله أعلم فليحرر .

قوله : ثلاثاً، إنما قيد به لأنه إذا طلقها أقل من ذلك،ومات في العدة ورثت منه ومثل الثلاثة الطلقة البائنة كما هو معلوم .

المرأة،فلذلك يكون فيه اليمين،ولم يدرك اليمين أنه ليس بعبد أو مشرك لأن القاعدة في الناس الحرية والإسلام، وكذلك لم يدرك اليمين انه لم يقتل وارثه لأنه وارث مثله ومدَّع مثله، وبينته مقبولة إذا ادعى أنه قتله غيره وهو بخلاف الاجنبي لأن الاجنبي لا دعوى له في ذلك إذا ادعى عليه الورثة القتل ، وإن نسب المدعي عليه هذه الوجوه إلى نفسه فقال : لم أرث أنا من أبي شيئاً وإنما أنا عبد أو يهودي أو أنا الذي قتلته ، فعلى المدعي البينة بأنه قد ورث معه ، فإن لم تكن له بينة فلا يدرك اليمين ،

قوله : لادعى له ، لعله لا دعوى له. والحاصل أن الاجنبي واحداً ، كان أو متعدداً،إذا ادَّعى عليه الأولياء القتل ، ووجدت شروط القسامة حلف خمسين يميناً ، وشروط القسامة أن توجد فيه علامة القتل، وأن لا يعلم من قتله وأن لا يدعي ورثته على أحد بعينه،وأن يكون المقتول حراً وأن لا يوجد في مسجد تصلى فيه جماعة وأن لا يكون مقتولاً من زحام ، وأن لا يكون في ذلك البلد قوم بينه وبينهم عداوة من غير أهل البلد قال : أبو إسحق رحمه الله ، فإذا وجدت هذه الخصال وجب على أهل تلك البلدة من قرية أو محلة ، أو كان قريباً منهم في نحو ذلك أن يحلفوا خمسين يميناً ما قتلناه ، ولا علمنا من قتله، وليس على عبد ولا أعمى ولا صبي ولا مجنون ولا امرأة قسامة ، فإن كان أهل القرية أقل من خمسين رجلا تكرر عليهم اليمين حتى يتموا خمسين يميناً، ثم يدفعون الدية، وإن كان رجلا واحداً حلف خمسين انتهى .

قوله : فعلى المدعي البينة بأنه قد ورث ، يعني أنه ليس بعبد ولا يهودي ، وإنما هو موحد، وأن القاتل غيره مثلا ، فيخبر حينئذ على القسمة لأنه قد تبين

لأن ذلك إقرار على نفسه والإقرار بمنزلة البينة ، ويجزي الخبر في ذلك المدعي أيضاً ، لأنها ليست بشهادة قطع كما ذكرنا ، فإن قال قائل: أرأيت إن قال المدعى عليه القسمة : قد ترك مورثنا وارثاً يرث ماله دوننا مثل ابنه أو من هو أقرب إليه منهما يكون قوله مقبولاً في ذلك وتعطل القسمة، أو هو مدَّع وعليه البينة؟ وكيف تصح بينته بعدما نفى نفسه من الميراث فكيف يكون ذلك ؟ قيل له : هو كذلك والله أعلم . وإن

أن دعواه ذلك لأجل تعطيل حق الغير ، لكن في قبول هذه البينة تأمل من وجهين ، أحدهما : أنه مناف لظاهر قوله لأن ذلك إقرار على نفسه والإقرار بمنزلة البينة ، فيلزم تعارض البينتين والظاهر أن الإقرار أقوى ، فيترجح ، اللهم إلا أن يقال: يضعف بتهمة تعطيل حق الغير ،والثاني: أنه يقتضي صحة بينة من نفى نفسه من الميراث مع أنه قد أكذب بينته، اللهم إلا أن يقال: إنما يلزم ذلك لو أقامها لنفسه والله أعلم فليحرر .

قوله: قيل له: هو كذلك، قال شيخنا رحمه الله: لم يظهر هذا الجواب، والظاهر والله أعلم أنه مدّعٍ وعليه البينة ، فإن لم تكن له بينة فعليه اليمين كما يؤخذ من قوله فيما تقدم ، ولا يدرك عليه اليمين لأنه ادعى وارثاً معروفاً ، فلا يبين فيه حرره بنقل صحيح انتهى . وأقول : هذا الكلام في حد ذاته صحيح ، إلا أنه منافٍ لما تقدم من قوله: كيف تصح بينة من قال: لست بوارث، فإن مفهومه أنه لا تصح بينة من قال : لست بوارث لنفسه ولا لغيره كما تقدم، اللهم إلا أن يقال: حكم هذا الفرع خارج عن القاعدة لمدرك لم نطلع عليه . ويحتمل أن قوله : هو كذلك معناه : أنه لا تصح بينته بعد ما نفى نفسه فيكون جارياً على القاعدة ، وإن كان مخالفاً للمتبادر من العبارة والله أعلم ، فليراجع نسخة صحيحة . لكن

ردَّ الجواب المدعى عليه وقال: قد تصدقت بسهمي على المساكين، أو قد وهبته لفلان الغائب ، أو بعته منه فلا يبريه ذلك وليؤخذ على القسمة لأن في هذا كله تعطيل حق وجب عليه وفراراً منه بعد ما وجب عليه ، وأما ما كان منه قبل أن يستمسك به إلى القسمة فجائز ، وإنما يقول الشيوخ فيمن استمسك بآخر على القسمة أو ما أشبه ذلك فوهب الشريك حصته لقطع الخصومة فلا يشتغل به إلا إن كانت الهبة قبل الخصومة ثابتة رجعت الخصومة إلى الموهوب له ، وأما أن يدَّعي الهبة وهو يخاصم في الأرض فتلك هبة مريبة ، وكذلك أيضاً إن قال : وهبت سهمي لشريكي فأبى الشريك أن يقبل الهبة فلا يبريه ذلك من القسمة ، وكذلك إن قال أيضاً:

في قول شيخنا رحمه الله : فإن لم تكن له بينة فعليه اليمين تأمل ، لأن ذلك يكون من الغيب ، اللهم إلا أن يراد اليمين على العلم والله أعلم فليحرر.

قوله : أو قد وهبته لفلان الغائب الخ . الظاهر أن من لا تأخذه كذلك ، والله أعلم فليحرر .

قوله : وهو يخاصم في الأرض، التقييد به للتصوير لا للإحتراز والله أعلم.

قوله : أو ما أشبه ذلك، مما يشبه القسمة فيما يجبر عليه تصليح المشترك ورد الجواب فيما وقعت فيه الخصومة ونحو ذلك .

قوله : فتلك هبة مريبة، ظاهره أن الهبة في حال الخصومة باطلة وإن كان صاحبها حاضراً، ولذلك كان هو الذي يجبر على القسمة دون الموهوب له، إلا أن مفهوم قوله: فيما تقدم لفلان الغائب يقتضي صحتها لفلان الحاضر، يعني فيجبر على القسمة والله أعلم فليحرر .

استربت مال مورثي فلا آكله ولا أقتسمه فلا يبريه ذلك إلا إن كان ذلك معروفاً ، فإن الحاكم لا يجبر الشركاء على قسمة ما فيه الريبة ، ولا يحضر الشهود لقسمته ، وكذلك أيضاً إن قال المدعى عليه : مال أبي حرام ، فلا يبريه ذلك ويأخذونه على القسمة ، وإن وقع في سهمه شيء من الحرام فليستشهد على أنه حرام ليس له فيه شيء وقد برىءمنه. وهذا في الأصل، وأما في غيره فما دخل يده منه فهو له ضامن وما لا يدخل يده فليس عليه شيء منه والله أعلم . وإن تبين ذلك عند الورثة ، وقال واحد منهم : أعطوني سهماً من هذا الحلال إن أردتم ، وإن لم تفعلوا فأنا آخذ سهمي من الحلال فلا حاجة لي في الحرام فهو جائز أن يعطوا له ذلك ، وإن لم يفعلوا فليأخذ سهمه من الحلال ويترك سهمه من الحرام ، وإن جعلوا الحلال سهماً والحرام سهماً فوقعت قرعته على الحلال فلا يجوز له ذلك ،

قوله : فإن الحاكم لا يجبر الخ . بل ولا يسمع الدعوى أيضاً في مثل هذا .

قوله : فلا يبريه ذلك، يعني ما لم يكن ذلك معروفـا كما يفهم من كلامه في الريبة، ولذلك ترك التقييد لأن الحرام أولى بهذا من الريبة والله أعلم .

قوله : إن أردتم الخ . يعني إن رضيتم بذلك ، وإلا أخذت سهمي من الحلال جبراً .

قوله : فهو جائز أن يعطوا له ذلك ، يعني برضاهم .

قوله : فليأخذ سهمه من الحلال ، يعني جبرا .

قوله : وإن جعلوا الحلال سهماً والحرام سهماً الخ . وكذلك إنجعلوا

والحلال مشترك على حاله الأول والله أعلم . وكذلك أيضاً إن رد الجواب المدعى عليه وقال:شاعت فريضتنا لم نعلم قسمتها فلا يبريه ذلك إلا بالبيان ، وكذلك أيضاً إن قال المدعى عليه : قد كان على مورثنا من الديون ما قد أحاطه بما ترك فعليه البينة في ذلك ويجزيه الخبر ، لأن هذا إثبات دين من غير مالكه ، ولذلك لا يدرك اليمين أيضاً على الورثة لأنه ليس بمدَّع ، وكذلك إن قال: أوصى بكذا وكذا من الوصايا فعليه البينة ويجزيه الخبر في ذلك ، فإن لم تكن بينة فلا يدرك اليمين على ما قدمنا نسقاً بنسق ، وفي الأثر : وإن ادعى أحدهم ـ أعني الورثة ـ بعد القسمة أو بعد ما أجاب القسمة أنه له في الأصل مثل العطية أو الشراء أو الدين من أبيه وأثبت ذلك فلا يشتغل به في قول أبي الربيع ، وأما الشيخ قال : يقبل منه إذا أناب البيان، وكذلك من طلب القسمة لا يشتغل بدعوته بعد ذلك مثل الأولى، فعلى قول أبي الربيع:إن قسمته أو إجابته للقسمة أو طلبه لها تكذيب لدعواه بعد ذلك في ذلك المال ولشهوده ، ولذلك لا يقبل قوله

الحلال سهماً والحرام بعض سهم فوقعت قرعته على الحلال كما هـو ظاهر والله أعلم .

قوله : على ما قدمنا الخ . يعني لأنه ليس بمدّعٍ لنفسه .

قوله : من أبيه، الظاهر أن التقييد للتصوير لا للإحتراز والله أعلم .

قوله : تكذيب لدعواه في ذلك المال ولشهوده الخ . هذا ظاهر إذا قامت

فكان ذلك منه إقراراً أن ليس له في ذلك المال حق ، وكذلك أيضاً على هذا المعنى: لو ادعى في ذلك الأصل دعوة وأتى بشهود ولم يتم له ذلك بوجه ثم أجاب القسمة وتواخذوا عليها أنه لا يصيب أن يرجع إلى دعوته الأولى إلا إن اشترط ذلك حين أجاب القسمة وتواخذوا عليها ، وعلى قول الشيخ انَّ فعله ذلك ليس بتكذيب لدعواه ولا لشهوده ، لأن الشيء قد يكون له فيما بينه وبين الله ولا يكون له في الحكم الظاهر ، وأيضاً إنما يعرف هذا من دليل الخطاب،وفيه ما فيه بين العلماء،وإن رد الجواب المدعى عليه ، وقال : مورثنا حيٌّ لم يمت فعلى المدعي البينة بأن مورثهم

البينة بأنه عالم ببينته قبل القسمة وسكت عنها وقسم ، وأما إذا كان غير عالم فالظاهر أنه تقبل دعواه وبينته ، ويرشد إلى ذلك قوله : تكذيب ،فإن التكذيب إنما يكون مع العلم ،على أن الأحوط في هذه الصورة العمل بقول الشيخ رضي الله عنه والله أعلم ، ولا نلغي قول أبي الربيع مطلقاً ولا قول الشيخ مطلقاً ، وهو الظاهر عندي والله أعلم ، وللحاكم أن يجتهد في مثل هذا والله أعلم .

قوله : ولا يكون له في الحكم الظاهر ، لكن فيه أن الواجب علينا إنما هو النظر في ظاهر الأحكام ولا يعدُّ مُكذباً لها .

قوله : إنما يعرف هذا من دليل الخطاب ، يعني تكذيبه لدعواه ولشهوده إنما يعرف من مفهومه القسمة أو إجابته لها أو طلبه إياها لا من صريح اللفظ وذلك ضعيف عند بعض العلماء ،خصوصاً ما يلزم منه إبطال الحق مع إقامة البينة عليه في مثل هذا والله أعلم .

قد مات ولا يجزيه إلا الشهادة،لأن الوارث قد أنكر، فإنلم تكن له بينة فلا يدرك اليمين، لأن حياة مورثهم ثابتة، وإن قال المدعي عليه: قد اقتسمنا الأصل الذي اشتركناه من قبل كذا وكذا فعليه البينة ويجزيه الخبر لتساويهما في الإدّعاء، لأن كل واحد منهما تصح دعواه في قسمة ذلك المال المشارك، ولذلك لا يدرك اليمين أيضاً إن لم تكن له بينة، لأن المدعي لا يحلف وإنما اليمين على المدعى عليه، وإن ردَّ الجواب

قوله: فلا يدرك اليمين، ظاهره ولو على العلم،وفيه تأمل،لأن موته مما يمكن أن يعلم به كما تقدم في الطلاق والله أعلم فليحرر.

قوله: وإنما اليمين على المدعى عليه، يعني في نفس الأمر لقوله عليه السلام: (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) [1] وأما ها هنا فهل يحلف المدعي عليه وهو الطالب للقسمة لأنه صار مدّعى عليه ومنكراً لما ادعاه المدعي عليه وهو المطلوب للقسمة وهو الظاهر، أو لا يمين في هذه الصورة لأن كلا منهما مدع وهو المتبادر من كلامه والله أعلم فليحرر. والذي جرى به العمل أن منكر القسمة لا يمين عليه تمسكاً بصريح كلام المصنف رحمه الله، وبصريح كلام أبي زكرياء رحمه الله في كتاب الأحكام حيث قال: ولا يدرك اليمين إذا لم تكن له بينة ويؤخذ على القسمة انتهى. وظاهر كلام الديوان في كتاب الأحكام أن منكر القسمة عليه اليمين حيث قال في باب الأيمان: باب آخر، وكذلك ما باشره الرجل بنفسه من البيع والشراء والتولية والإقالة والهبة والرهن والقسمة فإنما يحلفه

---

(١) تقدم ذكره.

المدعى عليه وقال : ما اشتركت معه أصلاً، أو قال: ما ترك مورثنا أصلاً يقسم ، فالقول قوله ، لأن القاعد في الميت الفلاس عندهم ، وعلى المدعي البينة أنه قد ترك مورثهم أصلاً يورث ، لأن الشهادة على حسب الدعوى ثم يؤخذون على القسمة بعد ذلك ولا يبرئهم إلا أن يقتسموا ما ترك مورثهم ، وإن قال المدعى عليه:قد ترك مورثنا هذا الفدان فقد بريء ،

الحاكم في ذلك كله على البنات الخ. أقول: وهذا هو المناسب لقوله عليه السلام : (البينة على من ادعى واليمين على من انكر) [1] والله أعلم . وأما قول المصنف رحمه الله :لأن كل واحد منهما تصح دعواه إلى قوله . . لأن المدعي لا يحلف، فجوابه ، أنه لا يحلف من جهة كونه مدعياً بل من جهة كونه مدّعىً عليه، واختلاف الجهة بمنزلة اختلاف الذات والله أعلم .

قوله : أصلا يورث، كأنه أراد بالأصل ها هنا ما يورث مطلقاً والله أعلم .

قوله : فقد بريء، هذا ظاهر بالنظر إلى من لم تقعد لهم الشركة، وأما من قعدت لهم الشركة وأراد أن يختص بشيء فإنه لا بد من بيان وجهه كما تقدم، وأما من لم تقعد لهم الشركة فإن جميع ما في يد كل واحد هو القاعد فيه فلا يخرج من يده إلا بالبيان وهذا في المنتقل ، وأما في الأصل إذ أراد أن يختص منه بشيء فإنه لا بد من بيانه كما نص عليه الشيخ أبو زكرياء رحمه الله في كتاب الاحكام في مسألة الأخت مع أخيها حيث قال : وإذا خرجت المرأة من عند إخوتها بعد موت أبيها فأرادت، أن تأخذ ميراثها من إخوتها فلا تدرك عليهم شيئاً مما استفادوه من الأصل والحيران والثمار وما أشبه ذلك بعد

---

(١) تقدم ذكره .

فمن ادعى أكثر من ذلك فعليه البينة ، فإن لم تكن له بينة فلا يدرك اليمين عليه إن لم يترك مورثهم أصلاً يورث لأنه يكون غيباً ، ولا يجبر

خروجها إلا ما علم أنه من تركة الميت، وما ادعوه في الأصل أنه فائدة بعد خروجها فعليهم إخراجه بالبينة الخ . فذكر لهذه المسأله نظائر في باب إحياء المواريث ، فعلى هذا معنى قول المصنف رحمه الله : فقد برىء إذا لم يدع الاختصاص بشيء من الأصل كما يؤخذ من كلام الشيخ أبي زكرياء رحمه الله والله أعلم . ومما يدل أيضاً على أن المراد بقوله فقد برىء إذا لم يدع الاختصاص بشيء من الاصل أنه استفاده بعد موت مورثه كلام الشيخ أبي زكرياء أيضاً في كتاب النكاح في باب آخر من الصداق حيث قال : وكذلك الاخت إذا قسمت مع أخيها فقال الأخ : اني قد استفدت فدان كذا من بعد موت والدنا فعليه البينة ويجزيه في ذلك خبر الأمناء ، فإن لم تكن له بينة فلا يدرك اليمين على الأخت، وأما إذا ادعى أنه قد استفاده بعد خروجها إلىزوجها فادَّعتالاخت أنه قد استفاده قبل خروجها إلى زوجها فعليه البينة أنه استفاده بعد خروجها الى زوجها وهو قول الشيخ رضي الله عنه ، وقال غيره: إن على الأخت البينة بأنه قد استفاده من قبل خروجها إلى زوجها الخ . وكلام أبي زكريا رحمه الله في المسألة الأولى محمول على ما إذا خرجت قبل موت والدها ، وأما ما استفاده بعد موت والدها وقبل خروجها فهو مشترك بينهما كما هو معلوم ومستفاد أيضاً من المسألة الثانية والله أعلم .

قوله : فلا يدرك اليمين ، يعني على البنات بدليل قوله: لأنه يكون غيباً وأما اليمين على العلم ، فالظاهر أنه يدركه خصوصاً إذا ادعى أنه ترك عنده .

قوله : ولا يجبر الحاكم الخ . هو من أجبره على الأمر إذا أكرهه عليـــه ،

الحاكم الشركاء على قسمة كل شيء فيه ريبة ، وكذلك لا يجبرهم على قسمة كل مكروه ثمنه نحو الكلاب والبيزان وما أشبه ذلك، وكذلك لا يجبرهم على قسمة ما اختلط من أموال قوم ، لأنه مجهول نحو تخليط الأنذر بالسيل والريح ، وكذلك ما اختلط من أموالهم مما يكال ويوزن، وغيرها على غير شركة اعتقدوها ، فإن اتفقوا على قسمته فإنهم يتواهبون ذلك المختلط ثم يقسمونه ، ومثل ذلك : إن اقتسموا أرضاً بينهم فذهبت الحدود بينهم حتى لا يعلم كل واحد منهم من أين لهم،فإنهم إذا أرادوا أن

وهذه المسألة قد تقدم حكمها ، ولعله إنما أعادها ليرتب عليها حكم المكره والله أعلم .

قوله : والبيزان، في بعض النسخ ، البزاة وكل منهما صحيح ، فالبيزان جمع باز، والبزاة جمع البازي ، ويجمع أيضاً البـــاز على أبواز كما ذكر جميع ذلك في الصحاح .

قوله : الأنذر في بعض النسخ الاندر ، وصواب كل منهما الأنادر كما في الصحاح ، وقد وجد في بعض النسخ كذلك، إلا أن المصنف رحمه الله، استعمله هنا في الزرع المجتمع في موضع ، وصاحب الصحاح استعمله في الموضع نفسه قال : والأندر البيدر بلغة أهل الشام والجمع الأنادر الخ . وقال في موضع البيدر : الموضع الذي يداس فيه الطعام أي (الحب) .

قوله : اعتقدوها، لعله عقدوها .

قوله : فإنهم يتواهبون الخ . ظاهره أنه لا بد من الهبة ولا يجزيهم التبرئة والمحاللة ، ولعله لعدم العلم بقدر ما يحالله فيه والله أعلم فليحرر .

يتواهبوا فليقل كل واحد منهم لشركائه : وهبت لكم الأرض التي لي في هذا الفدان ثم الثاني كذلك ثم الثالث كذلك، فإذا فعلوا ذلك فليكونوا شركاء فيدرك كل واحد منهم القسمة على شركائه بالجبر بعـــد ذلك ، وكذلك لا يجبر الحاكم الشركاء على قسمة كل شيء حرام لهم فيما بينهم وبين الله إذا أخذوه بظاهر الأحكام إذا عرف الحاكم بذلك ، ولا يجبر الحاكم الشركاء على قسمة ما فيـه الدعاوى وأرباب الدعاوى يطلبونها حتى تتم أو تبطل ، وفي الأثر : وذكر الشيخ رضي الله عنه جواز أخذ الولي على وليه أن يأتي ليقسم ما اشتركا ، ويأخذ الأخ أخاه أن يأتي بأخيهما على قسمة ما اشتركا ، ويأخذ أيضاً الإبن أباه على ابنه الآخر ، ولا يأخذ الإبن على أبيه أن يجيء به ، ولا يأخذ الإبن

قوله : الأرض التي لي الخ . لعله ثلث الارض التي لي كا يظهر بالتأمل ، وأما إذا وهب كل واحد جميع ما في يده لشريكه ، فقد تبـــادلا والله أعلم فليحرر وليراجع .

قوله : بالجبر، لعله بالإجبار ، يعني بالإكراه ، وأما الجبر فهو مصدر جبر بمعنى أغناه من فقر ، أو صلح عظمه من كسر .

قوله : ويأخذ الأخ أخاه الخ . لعـــله إذ لم يكن أخوه وارثاً معها ، وإلا فكيف يجبره وقد تساويا في هذا الامر ، ويدل له قوله : على قسمة ما اشتركا والله أعلم .

أباه على ابنه هو ، والأصل في هذا فيما يوجبه النظر قوله عز وجل : « يا أيها الذين آمنـــوا كونوا قوّامين بالقِسـط »[1] الآية ، فإذا كان الناس في زمن الظهور فالسلطان وحكامه هم القادرون على إيصال كل ذي حق حقه ، فإذا رجع الناس إلى الكتمان ، فاستبدَّ كل واحد برأيه وظهر أهل الجور والفساد ، جاز للحاكم أن يأخذ عشيرة من امتنع من إعطاء الحق أن يأتوا به ، لأنهم أقدر عليه من غيرهم ، لأنه لا يعمل ذلك إلا من تحت ظلال سيوفهم فهم أولى بوليهم ، يقومونه من الظلم كما كانوا ينصرونه على من ظلمه ، وإنما يجبر الحاكم الولي على وليه بالحبس ، ولا يطلقه من الحبس إلا إن خرج وليه من الحوزة أو يكون عند من يمنعه من السلطان ، أو يأتي أمينان فيقولان : لا يجيء به فيطلع من الحبس ، لأنه معذور في هذه الوجوه « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » ، ولذلك لا يجبر الإبن على أبيه أن يجيء به ، لأنه لا يقدر عليه إذ هو المالك له ، وكذلك لا يأخذ الإبن أباه على ابنه هو أن يجيء به ؛ لأنه أملك على ابنه منه والله أعلم .

قوله : واستبدّ ، أي استقل .

قوله : يقومونه ، في نسخة يقمعونه ، وفي نسخة يمنعونه .

---

(١) النساء : ١٣٥ .

باب في صفة القسمة

والقسمة التي يجبر عليها الشركاء ، ويدركها بعضهم على بعض ويبريها اليمين ، إذا تواخذوا بالأيمان على القسمة وهي قسمة القرعة ، وإنما جعل العلماء القرعة في القسمة تطييباً لنفوس المتقاسمين ، وقد ذكرها الله عز وجل في القرآن قوله : « فساهم فكان من المدحضين »[1] وقوله : « وما كنتَ لديْهم إذ يلقون أقلامهم »[2] الآية . وصفة القسمة بالقرعة أن تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان في سهامها كسر إلى أن تصح السهام ، ثم يقوّم كل موضع وكل شيء أرادوا

باب في صفة القسمة

قوله : ويبريها اليمين الخ. يعني أن اليمين يسقط الطلب بالقسمة إذا تحالفوا فيما بينهم ، أن يقتسموا عند أجل معلوم ، وفي بعض النسخ ويبريها اليمين ، بمعنى أنه لا يصدق في يمينه ، إلا إذا قسم معه قسمة قرعة وهي الظاهر والله أعلم .

---

(١) الصافات : ١٤١ .
(٢) آل عمران : ٤٤ .

قسمته ، ويعوَّل على أقل السهام في القسمة على قيمة الأراضين ومواضعها، وربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزائه من موضع آخر ، فإذا قسمه على هذه الصفة على أقلهم سهماً ، ولا تصح القسمة حتى يتبين أسهم الشركاء كلهم ، كل واحد منهم على حدة ، إلا إن كان من أراد من الشركاء أن يجمع سهمه مع سهم بعض شركائه دون بعض ، فإنهم يأخذون سهامهم في موضع واحد ، وذلك أن يجعلوا القرعة على قدر أسهم الشركاء كلهم فيلقوها على الأسهم كلها ، سواء في ذلك اجتمعت الأسهم أو افترقت فليأخذ كل واحد ما وقعت قرعته عليه ، غير أنه ربما أن يكون في هذه القسمة إذا كانت في محل واحد ضرر على بعض الشركاء لتفريق سهمه في ذلك الشيء ، ولذلك قال بعض العلماء : إنما يجعلون القرعة على عدد الشركاء لا على عدد الأسهم ، فحيث ما وقعت قرعة من له سهمان أو ثلاثة ، استوفى سهامه كلها بالعدد،على أن هذا إنما يصح إذا كانت في محل واحد ، وأما إذا كانت في محالّ كثيرة فلا ضرر فيها فليجعلوها على عدد الأسهم ، ومثال ذلك فإنا نعبرها هنا بمسألة خفيفة لكي يقاس

قوله : على قيمة ، لعله وعلى عدد الشركاء هذا الوجه هو الأحسن .

قوله : ومثال ذلك فإنا نعبر الخ . الظاهر أن الفاء وقعت في جواب شرط مقدر ، والاصل ـ والله أعلم ـ ومثال ذلك إن أردت معرفته ، فإنا نعبر الخ . فليراجع .

عليها ما سواها : رجل توفي ، وترك أمه وأخوين من أمه وزوجته وأربعة إخوة من أبيه وأمه ، ففريضتهم تقوم من اثني عشر فلأمه السدس سهمان، ولأخوين من أمه الثلث أربعة اسهم ، ولزوجته الربع ثلاثة أسهم ، ولإخوته من أبيه وأمه ما بقي وهو ثلاثة أسهم ، ولم تقتسم عليهم ، وهم أربعة فتضرب أربعة في أصل المسألة فتخرج ثمانية وأربعون ومنها تصح قسمتهم فلأمه السدس ثمانية أسهم ولأخويه من أمه الثلث ، ستة عشر سهماً لكل واحد منهم ثمانية ، ولزوجته الربع إثنا عشر سهماً ولإخوته من أبيه وأمه اثنا عشر سهماً ؛ لكل واحد منهم ثلاثة أسهم ، ففي هذه الفريضة وجوه من القسمة ، أحدها : إذا أردت أن تقسم لهم في مرة واحدة ، ويأخذ كل واحد منهم سهمه على حدة فتقسم لهم على أصل الفريضة ، لأن أقل السهام ثلاثة ، والثلاثة لا تدخل في الثمانية التي للأم ولا في الستة عشر التي لأخويه من الأم ، فتقسم على ثمانية وأربعين سهماً على عدد أسهم الشركاء ، فإذا كانت القسمة في محالّ

قوله : على أصل الفريضة ، الأولى على مصحح الفريضة لأن أصلها إثنا عشر جزءا سهمها وهو الرؤوس التي لم يقسم لها أربعة ومصححها ثمانية وأربعون كما هو معلوم .

قوله : والثلاثة لا تدخل في الثمانية الخ . يعني فلو دخلت فيها لاستغني بالاكبر عن الاصغر كالثلاثة مع التسعة مثلا ، وكذلك ليس بينهما توافق بل بينهما التباين .

كثيرة على عدد الأسهم كتبت في بطائق كل واحد من الشركاء أسهم صاحبها حتى يستوفي جميع الشركاء ، والبطائق على عدد الأسهم ثم تلقى البطائق على الأسهم ، فيأخذ كل واحد منهم ما وقعت عليه بطائقه من الأسهم ، وإن كانت القسمة في محل واحد كتبت أسماء الورثة في بطائقهم على عدد أسمائهم ، فتلقى البطائق على الإسم ، فحيث ما وقعت قرعة من له ثمانية أسهم ، أو إثنا عشر أو ثلاثة من الورثة ، استوفى سهامه كلها بالعدد في تلك الجهة ، وذلك إنما يصح عندي أن تلقى بطاقة من تلك البطائق على أول سهم من تلك السهام في تلك الأرض ، أعني من طرفها ، فإذا كان في البطاقة إسم الأم ، استوفت ثمانية أسهم مما يليها ، ثم تلقى بطاقة أخرى من أول سهم من السهام الباقية على الترتيب ، فإذا وجدت فيها إسم الزوجة ، استوفت اثني عشر سهماً مما يليها ، ثم تلقى بطاقة أخرى كذلك على التوالي حتى تلقى البطائق كلها ، ولا يصح للأول ما وقعت عليه قرعته حتى يتبين ما يقع لكل واحد من الشركاء إلى عند آخرهم ، لأن قسمتهم لا تتمُّ إلا عند آخرهم إذا وصلت عند

قوله : والبطائق على عدد الاسهم، مبتدأ وخبر .

قوله : إلى عند آخرهم، صوابه ترك عند ، لأنه من الظروف المختصة فلا تجر إلا بمن ، كما هو معلوم .

الآخر فقد تمت ، ولو لم يلق قرعته لأنه لم يبقَ غيره . ووجه آخر من القسمة في هذه المسألة ، أخف مما ذكرنا وأسهل ، وذلك إذا اتفق الشركاء أن يقسموا المال نصفين على أن تأخذ الأم والأخوان من الأم النصف بينهم ، وتأخذ الزوجة والإخوة من الأب والأم النصف بينهم ، فإذا وقعت قرعة الأم والأخوين من الأم على نصف منهما ، قسمت ذلك النصف على ثلاثة أسهم لكل واحد منهم سهم ، لأن سهامهم متساوية بينهم ثم ترجع إلى النصف الثاني ، فتقسمه على ثمانية أسهم لأن سهامهم أربعة وعشرون سهماً ، فتقسم على أقل السهام وأقل السهام ثلاثة أسهم لكل واحد من الإخوة ، وللزوجة اثنا عشر سهماً ، وهو أربعة أسهم ، فإذا وقعت قرعتها في موضع استوفت سهامها كلها كما ذكرنا ، وإن أردت أيضاً أن تقسم ذلك النصف بين الزوجة والإخوة نصفين فتأخذ الزوجة النصف ويأخذ الإخوة النصف ثم تقسم نصف الإخوة بينهم أرباعاً لكل واحد سهم فهو جائز كما ذكرنا ، وإن اقتسموا بالمبايعة أو بالمواهبة

قوله : وأقل السهام ثلاثة الخ . يعني ونسبة الثلاثة إلى أربعة وعشرين الثمن ومخرج الثمن ثمانية فتقسم عليها .

قوله : وهو أربعة أسهم ، يعني أن الاثني عشر سهماً من أربعة وعشرين سهماً هي أربعة أسهم من ثمانية ، حين تقسم عليها فتأخذ أربعة من ثمانية ،ويأخذ كل واحد من الاولاد سهماً كما هو ظاهر والله أعلم .

أو المباراة أو بالتراضي فهي جائزة ، وهي بيع من البيوع من هذه الجهة يحرم منها ما يحرم من البيع ، ويحل ما يحل من البيع ، وصفة ذلك إذا عدلوا سهامهم كما ذكرنا ، فيهب كل واحد من الشركاء لكل واحد من شركائه التسمية التي له في ذلك السهم ، وكذلك البيع والبراءة ، وكذلك أيضاً المبادلة على هذا المعنى يبادل لشريكه التسمية التي له في ذلك بالتسمية التي لشريكه في السهم الآخر الذي هو له، وإن أرادوا أن يتواهبوا فوهب أحدهم وأبى الباقون ، فإن الشهود لا يشهدون للموهبين ، فلا تجوز لهم تلك الهبة لأنها لم تتم ، وإنما اتفاقهم على أن يهب كل واحد منهم لشريكه، وكذلك المبيع على هذا الحال ، وعليهم أن يخططوا على المقابر والمساجد والمصلين ويستثنوهم في حال القسمة ويستثنوا الثمار المدركة إذا كانت في ذلك

قوله : لكل واحد من شركائه ، يعني تفصيلاً لا إجمالاً ، ولذلك قال: التسمية التي له في ذلك السهم .

قوله : للموهوبين، صوابه للموهوب لهم .

قوله : والمصلين، صوابه والمصليات .

قوله : ويستثنوهم، لعله ويستثنوها لأنها مما لا يعقل ، وأظن أنه قد تقدم أنه إنما يحتاج إلى هذا إذا كانت هذه الأشياء لهم ؛ فليراجع في بيع الأرض والله أعلم .

قوله: الثمار المدركة ، إنما خصها بالمدركة لأنها صارت صنفاً مستقلاً ، والقسمة بيع أو بمنزلة البيع ، وقد تقدم أنه لا يجوز بيع أشياء مختلفة بثمن واحد عند بعضهم ، فلعل هذا مبني عليه والله أعلم.

الأصل ، وأما الأشجار التي لم تثمر قط والثمار الغير مدركة فهي تابعة للأرض في القسمة كالبيع ، وعليهم أن يحجزوا بين أراض متصلات بالخطط أو بالتخوم ، فإن اقتسموا بالنواحي وأخذ كل واحد منهم دمنة بالحدود ، فليس عليهم أن يذكروا في حين التبرئة ما يكون من ذلك الأصل من المقابر والمساجد والغيران والأنهار والآبار وما أشبه ذلك ، لأنها بيع من البيوع يجوز فيها ما يجوز في البيع ، وقد ذكرنا هذا كله في كتاب البيوع ولا معنى لإعادته ، وإذا اقتسم الشركاء وأخذ كل واحد منهم قرعته حتى بقي سهم كان بينهم ، فمن أراد أن يكسر تلك القسمة فله

قوله : فهي تابعة للأرض الخ . الأوْلى أن يقول : وأما الأشجار التي لم تثمر فقط فهي تابعة للأرض والثمار الغير المدركة فهي تابعة للشجر الخ والله أعلم .

ويؤخذ منه اختيار القول بأنها في البيع تابعة للشجر ما لم تطلب ، إلا أنه لا يناسب ظاهر قوله عليه‌السلام : (من باع نخلاً قد أبّرت فثمرتها للبائع إلا إن اشترطها المبتاع)[1]، اللهم إلا أن يخص الحديث بالنخل لأنه قد ورد فيه والله أعلم .

قوله : أو بالتخوم ، هذا هو الظاهر ، لأن الخطوط قد تذهب والله أعلم .

قوله : كان بينهم ، أي ما كان ذلك السهم مشتركاً بينهم لكونه فاضلاً .

---

(١) تقدم ذكره .

ذلك ، ولو أنهم طرحوا القرعة على الأسهم جميعاً لأنهم شركاء فيه جميعاً ، وما داموا شركاء جميعاً فقسمتهم لا تتم . وكذلك أيضاً إن اشتركوا المال أثلاثاً أو أرباعاً أو أخماساً أو ما أشبه ذلك . فقسموا المال بينهما أنصافاً على أن يكون لواحد منهما النصف ويبقي النصف الآخر بينهما مشتركاً ، فمن أراد منهما أن يكسر تلك القسمة كسرهـــا ، لأنهما مشتركان بعد والله أعلم .

وأما المكيل والموزون فقسمته بالكيل والوزن ، ولا يحتاج إلى القرعة لوجود التراضي في ذلك بين الشركاء ، وأهل الكتاب إذا أتوا الى الحاكم ليأخذ بعضهم لبعض بالقسمة ، فإنه يجبرهم على ما عليه العدل والصواب عند أهل القبلة ، لقوله عز وجل لرسوله عليه السلام: ﴿ فإن

قوله : شركاء، يعني في الشيء المقسوم ، يعني فلا ينافي أنهم قد يقسمون شيئاً ويتركون شيئاً ، وتتم فيما قسموه والله أعلم .

قوله : لوجود التراضي في ذلك، ظاهره أنه لو طلب بعض الشركاء القرعة أجيب لذلك والله أعلم .

قوله : فإنه يجبرهم الخ . يعني إن أراد ، لقوله عز وجل : ﴿ فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ﴾ [1] الآية .

---

(١) المائدة : ٤٢

حكمت فاحكم بينهم بالقسط إنَّ الله يحب المقسطين ﴾[1]، وإذا اقتسم الشركاء الأصل الذي بينهم وتمَّت قسمتهم، فأراد الشهود أن يستقررهم، فإنه يستقررهم الذي يريد أن يستقررهم بكلام واحد، فيسبق لهم في الكلام فيتبعوه جميعاً مما يقول: اقتسمتم الأصل الذي بينكم من فلان بن فلان الفلاني إن كان بينهم بالميراث فليقل بالميراث، وإن كان بالشراء أو بالهبة، فليقل بالشراء أو بالهبة، وتباريتموه ليس بينكم فيه شيء؛ سهم كل واحد منكم على حدة، وإن فرقهم بالكلام في الإقرار، فليقل لكل واحد منهم اقتسمتم الأصل الذي كان بينكم أنت وفلان ابن فلان حتى يأتي على جميع شركائه، فإن كان بالميراث فليقل بالميراث، من فلان ابن فلان الفلاني، وإن كان بالهبة أو بالشراء فليقل بالهبة أو بالشراء، وتباريتموه ليس بينكم فيه شيء. سهم كل واحد منكم على حدة، وكذلك جميع الشركاء، وإن أنكر بعد

قوله: فيسبق لهم في الكلام فيتبعونه، لعل المراد بسبقه بالكلام سؤاله لهم، وباتباعهم له ردهم الجواب جميعاً بقولهم مثلاً: نعم والله أعلم.

قوله: وتباريتموه، يعني الأصل، سهم كل واحد منهم على حدة، يعني فيجيبونه جميعاً بقوله: نعم واقتسمنا كذلك أو نحو ذلك، والله أعلم.

---

(١) المائدة: ٤٢.

ذلك واحدمنهم القسمة، فإن الشهود يبلغون الخبر على إقراره كما أخذوها لا يزيدون ولا ينقصون ، ويجوز أيضاً المشهور في القسمة إشهار الأمناء فيها، وليس فيها تشقيق الدعوة والألفاظ، ولكن ينبثوا، وجوّز بعضهم فيها أهل الجملة وذلك فيما يوجبه النظر ، لأن القسمة فريضة ولذلك جاز فيها الإشهار .

وفي الأثر : وإن جاء مشهور أهل الصلاح من أهل منزلهم أنهم اقتسموا هو وشركاؤه أصلاً كان بينهم فليبلغوه الخبر على ذلك ، فذلك جائز، ولا يجوز للذين يبلغون الخبرحتى يعلموا ما أخذ كل واحد منهم في سهمه من ذلك الأصل الذي اقتسموه .

قوله : كما أخذوها، الأولى كما أخذوه، ولعله أرجع إليه الضمير مونة مراعاة لكونه شهادة والله أعلم . فليراجع .

قوله . ينبثوا ، في نسخة : يبينوا ، ولعله يبينون .

قوله:حتى يعلم، الأولى حتى يعلموا، ولعل الأصل أن يبلغوه حتى يعلموا ونحو ذلك ، لئلا يلزم حذف الفاعل في غير صور الجواز ، ويحتمل أنه مبني للمفعول وأنه ليس المراد أنه يخبر بما صار لكل واحد بل المراد حصول العلم بذلك له عند المقتسمين، وأما لو اشترط حصول العلم بذلك المبلّغ لكان شهادة ، ولذلك لم يقل: حتى يعلموا، ويدل له كلامه بعد ذلك في كيفية تبليغ المشهور، والله أعلم.

وفي الأثر أيضاً : إن القسمة يجزىء فيها المشهور مشهور الأمناء ، ويجزىء فيهاخبر الأمناء، وإذا أرادوا أن يبلغوا المشهور فليس فيه تشقيق الدعوة والألفاظ ولكن ينبئون ، وإذا أرادوا أن يبلغوا الخبر فليبلغوه كما أخذوه ولا يزيدون ولا ينقصون ، وإنما يقول الأمناء إذا أرادوا أن يبلغوا المشهور شهر : عندنا أن فلان بن فلان الفلاني وفلان ابن فلان الفلاني قسما ما كان لهما من الأصل من ميراث أبيهما فلان بن فلان الفلاني ، وإن ادّعى بعد ذلك أحدهما في شيء هو في يد صاحبه ، فإنه إن كان ذلك الشيء معروفاً أنه من تركة الميت ، أو أقرَّ الذي هو في يده أنه من تركة الميت ، فلا يجزيء في ذلك إشهار القسمة حتى يتبين أن

قوله : ويجزىء فيه خبر الأمناء، كأنه أراد بالخبر نقل الشهادة بدليل قوله: وإذا أرادوا أن يبلغوا الخبر ، فحصل الفرق بين المشهور والخبر والله أعلم .

قوله : ولا يجزيء فيه إشهار القسمة ، ظاهره أنه لا يكون أقعد فيه أيضاً فلذلك احتاج إلى البينة ، وظاهر كلام الديوان يدل على أنه يكون أقعد فيه ، ولو عرف أنه من تركة الميت حيث قال : وإذا عرفت القسمة بين الورثة فمن عرف له شيء في يده منهم كان أقعد فيه دون غيره من الورثة ، ومن ادّعى من الورثة بعدما عرفت القسمة بينهم أنهم لم يقسموا فهو مدّعٍ ، وكذلك إذا ادعى أحدهم ما كان في يد غيره أنه لم يدخل في القسمة على هذا الحال ، وإذا كان المشهور في القسمة بين الورثة فعمّر كل واحد منهم موضعاً معروفاً وبقي موضع من الأرض لم يُعرف أحد منهم يعمّره فمن ادعى قسمة ذلك الموضع أو ادعاه

هذا الذي في يده أخذه في سهمه أو تبرأ إليه صاحبه منه ، فإن كان لا يعرف أنه من تركة الميت ، فالقاعد فيه الذي هو في يده بعد إشهار القسمة .

وفي الأثر : وذكرت جواب مسألة هذين الشريكين اللذين تنازعا في العبد بعدما اقتسما بسنين، وقلت إنه كان في يد أحدهما، وأن الذي في يده قال : ليس لشريكي فيه شيء ، فالذي عندي في ذلك إذا عرف هذا العبد أنه من تركة مورثهما وأنه بينهما في الأصل ، فحتى يتبين أن هذا الذي في يده أخذه في سهمه أو تبرأ إليه منه صاحبه، فإن كان لا يعرف أنه من تركة الميت ، فالقاعد فيه هو الذي في يده .

وفي الأثر أيضاً : وأما ما ذكرت في المرأة الـــتي جرت القسمة

لنفسه دون الورثة فهو المدعي والله أعلم فليحرر كيف يجمع بين الكلامين ، وقد سمعت أن الحكم عند الفقهاء في الجزيرة على ما في الديوان إلا أنهم يحافون للقاعد والله أعلم .

قوله : فالقاعد فيه هو الذي في يده، ينظر هل عليه اليمين لقوله عليه السلام (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) [1] وهو الظاهر أو ليس عليه اليمين

---

(١) تقدم ذكره

بينها وبين أخيها ، فأخذت سهمها فتركته في يد أخيها حتى مات ،

حيث وقعت عليه القسمة بينهما ولا عبرة بدعواه حيث لم يتبين ؟ والله أعلم فليحرر .

ثم رأيت في كتاب الأحكام لأبي زكرياء : أن القاعد لا يخرج الشيء من يده إلا بالبينة العادلة، وأنه لا يمين عليه حيث قال في باب إحياء المواريث : وإذا قعد بعض الورثة لبعض في الميراث فلا يدرك المقعود له على القاعد اليمين ، ولا التهمة على التعدية في ذلك الأصل إذا علم أنه استمسك ، وأما إذا أراد أن يأخذ ما يقابل نصيبه من ثمار ذلك الأصل من حيث لا يشعر به ولم يجعل إلى نفسه سبيلا فله ذلك الخ ، وقال في محل آخر في مسألة المشهور : وإذا عرف الرجل في الفدان ثلاث سنين فعورض فيه فشهد له الشهود في المشهور فليقعده فيه الحاكم ولا ينزعه أحد منه إلا بالبينة القاطعة ولا تقبل عليه فيه التهمة ولا يدرك عليه اليمين أيضاً إذا تبين أن المدعي بذلك استمسك الخ . يعني إلا بالبيع أو الهبة أو نحو ذلك ، فصريح كلامه رحمه الله في الموضعين يدل على أن القاعد لا يمين عليه ، وأنه لا فرق في ذلك بين الدعوى في البعض أو في الكل ، ألا ترى أن الوارث إذا ادعى في الفدان الذي عند شريكه في الميراث بعدما قسموا أنه من تركة مورثهم يكون مدعياً للبعض مع أنهم ذكروا أنهم لا يميز لهم عنيه؛ إلا أني سمعت عن بعض الفقهاء في الجزيرة أنهم ادركوا بعض مشايخهم يحلفون

ودفعها أولاده ، فإذا بلغت الخبر بأنها اقتسمت مع أخيها وسمّوا الذي أخذت في سهمها من الأصل ، فكل ما سموا من الأصل أنه لها بالقسمة فهي القاعدة فيه ويجزيها ذلك ، ولا يشتغل بما بلغ بنو أخيها أنه كان في يد أبيهم وما لم يقسموا فالقاعد فيه ورثة أخيها حتى تثبته ، والله أعلم .

عند الدعوى بالبعض إذا وقع الإنكار ، وإذا ثبت هذا فلعله محمول على غير الدعوى بالميراث ، فلا يعارض نص أبي زكريا رحمه الله ، ويشهد له ما رأيته في بعض التعاليق لأصحابنا حيث قال ما نصه : وذكر أيضاً مسألة رجل باع لرجل أرضاً وهو القاعد فيها ، فكان المشتري يعمرها ، فجاء مدّعٍ فادعى أن له تسمية من تلك الأرض ، الجواب في ذلك؛ أن البينة على المدعي ، فإن كانت له بينة على ذلك فليأخذ التسمية ، وإن لم تكن له بينة فله على المشتري يمين منقطع إن أراد انتهى ، وأقول: المناسب لقولهم : لا حيازة بين الشركاء أن لا تسقط اليمين عند دعوى التسمية مطلقاً إذا وقع الإنكار ، إلا أنه لاحظّ للنظر مع وجود الأثر حيث نصوا على أن القاعد من الورثة لا يمين عليه والله أعلم.

قوله : فإذا بلغت الخبر ، إسناد التبليغ إليها مجاز ، والمعنى جاءت بمن يبلغ الخبر إلى الحاكم .

باب في أحكام القسمة

والقسمة من العقود اللازمة لا يدرك من أراد من المقتسمين نقضها ولا الرجوع، إلا إن طرأ عليها ما يفسخها ، ومن الفسوخ الموجبة للفسخ فيها الاستحقاق إذا استحق بعض أسهم الشركاء فقد انفسخت القسمة في جميع نظائره من الأسهم لأنهم اقتسموا ما لهم وما ليس لهم ، ولو كان ذلك الشيء المستحق غبناً جاز إليه في سهمه ، فلما استحق استوت السهام

باب في أحكام القسمة

قوله : ومن الفسوخ الموجبة للفسخ، لو قال: ومن الأسباب الموجبة لكان أظهر.

قوله : إذا استحق بعض أسهم الشركاء الخ . فلو استحق من الأسهم كلها أجزاء متساوية ، فظاهر العلة أنها منفسخة أيضاً ، وظاهر التقييد في قوله : إذا استحق بعض أسهم الشركاء أنها لا تنفسخ في هذه الصورة ، والظاهر الأول بل هو المتعين كما يدل عليه كلامه بعد ، والله أعلم .

قوله : ولو كان ذلك الشيء الخ . المراد بهذا المبالغة في الانفساخ ، ومعنى جاز إليه في سهمه أنه لما استحق تساوت السهام بعد ذلك .

لأنهم قسموا ما لهم وما ليس لهم ، ولا يجوز فيه قول بعض الشركاء على بعض إلا بالبينة العادلة ، وكذلك إن خرج وارث لم يعلموا به فقد انفسخت قسمتهم ، وكذلك إن أوصى مورثهم بماله أن تخرج منه وصية أو بشيء معلوم من ماله أن تخرج منه وصية فقد انفسخت القسمة لقسمتهم ما لهم وما ليس لهم ، وإن أوصى بشيء معلوم في الذمة أن يخرج من شيء معلوم من ماله فاقتسموا قبل إخراج الوصية ، فقد قال بعضهم : تنفسخ القسمة في هذا ، والدليل قوله تعالى : ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ ولم يخص وصية من وصية ، وقال بعض : إن القسمة بهذا لا تنفسخ ، وذلك على قولهم: لأن هذه وصية يجوز أن ترجع إلى ذمة الورثة بعد القسمة كالدّين لأنها غير معينة ، ألا ترى إلى الشيء الذي أمر أن تخرج منه وصيته لو تلف لم تذهب الوصية ولكنها ثابتة على حالها في المال، بخلاف ما إذا أوصى بشيء معلوم أن يخرج منه كذا وكذا ، فإن قال قائل : فعلى هذا إذاً يلزم الوارث دين مورثه ولو لم يترك مالاً يورث

قوله : بهذا ، متعلق بقوله : تنفسخ ، لأن لا النافية ليس لها صدر الكلام إلا في جواب القسم ،فهو على حد﴿يوم يأتي بعض آيات ربك لا ينفع نفساً إيمانها﴾ .

قوله : لأنها غير معينة ، أي لم يتعين شرعاً أن تخرج من ذلك ولو عينها الموصي .

قوله : كذا وكذا، يعني ولم يكن في الذمة كما هو معلوم .

إذا كان يرجع إلى ذمته . قيل له : دَيْن الميت متعلق بالتركة ، وإذا دخل الورثة فيما ترك مورثهم وتصرفوا فيه لأنفسهم رجع الدَّين إلى ذمتهم في

قوله : وإذا دخل الورثة الخ . ظاهره أنه يلزمهم الدَّين ولو لم يعلموا ، ويدل له عموم قوله : لا حجة لهم بعد الدخول الخ . فليراجع والله أعلم، وكتب أيضاً رحمه الله على هذه القولة ما نصـــه : وإذا دخل الورثة فيما ترك مورثهم وتصرفوا فيه لأنفسهم ، ظاهره أنه يجوز لهم التصرف في التركة مطلقاً ، سواء كانوا موسرين أو معسرين ، وسواء أحاط الدّين بماله أم لا ، والمصرح به في كتاب الأحكام لعمنا أبي زكرياء رحمه الله أنه لا يجوز لهم التصرف إذا أحاط الدَّين بماله حيث قال : وإذا مات الرجل وقد أحاطت الديون بماله ، فلا يجوز للورثة فيما ترك بيعٌ ولا هبة ولا قسمة ولا عتق حتى يَفكوه من الغرماء ، إلا أن يبيعوا على أن يوصلوا الأموال إلى أربابها الخ . ولعل كلام المصنف محمول في جواز التصرف على ما إذا كانوا موسرين قادرين على أداء الديون ، وأما إذا كانوا معسرين فالظاهر أنه إن جاز لهم التصرف فإنه يجوز في القدر الزائد على مقدار الدين فقط ؛ قياساً على منع الورثة من التصرف في تركة من أحاط الدَّين بماله على ما ذكره عمنا أبو زكريا ، وأي فرق؟! فإن الدين قد أحاط بقدره من التركة ، ففي إجازة التصرف فيه للمعسر ضرر عظيم على صاحب الدين؛ والضرر لا يحل ، والله أعلم . ويحتمل أن يقال : إن جواز التصرف في التركة وانتقال الدين إلى ذمة الورثة محمول على ما إذا رضي أصحاب الديون بذلك ، وهذا هو الظاهر ،فإن التركة محبوسة لأجل الدين فلا يثبت لهمفعل بغير رضاء لقوله تعالى: ﴿ من بعدِ وصيَّة يوصى بها أو ديْن ﴾ ، وقد تقدم أن القسمة قبـــل إخراج الوصية منفسخة فليكن الدَّين كذلك ، ومثل القسمة سائر الأفعال ، وأي فرق من غير رضاء ، والله أعلم .

واجب الحكم لأنه لا حجة لهم بعد الدخول فيما ترك مورثهم .

وفي الأثر : ومن مات وعليه دَيْن للناس فبلغوا الشهادة على الورثة بديونهم ، فقال الورثة : لا تخرج الديون إلا من المال الذي ترك مورثنا فلهم ذلك ، فإذا اقتسموا المال أو بعضه أو اقتسموا الثمار فيدرك عليهم أصحاب الديون ديونهم ، وإن ادَّعى عليهم أصحاب الديون أنهم اقتسموا بعض ذلك المال أو اقتسموا الثمار فعليهم البينة ، فإن لم يجدوها فلا يدركوا على الورثة اليمين بأنهم اقتسموا مالاً ، ويدرك عليهم أصحاب الديون الضمين إلى أجل معلوم يدركون فيه القسمة ، فإذا بلغ الأجل استأد لهم الحاكم الضمين اقتسموا أو لم يقتسموا ، وإن لم يجدوا الضمين

قوله : في واجب الحكم ، يعني وأما فيما بينهم وبين الله فإنه لا يلزمهم إلا ما خلف مورثهم .

قوله : فلا يدركون على الورثة اليمين، لأن منكر القسمة عندنا لا يمين عليه.

قوله : بأنهم اقتسموا ، لعله ما اقتسموا .

قوله : ويدرك عليهم الخ . يعني إذا اختاروا الدخول في التركة .

قوله : استأد ، صوابه على ما في الصحاح استأدى على وزن استفعل ، قال فيه : استأداه مالاً إذا صادره واستخرجه منه الخ . والمراد الثاني إلا أنه لا يناسبه الاقتصار على الضمير ، والمناسب أن يقول: استأدى لهم الحاكم الضمين المال ، أي استخرج منه المال فليحرر .

قوله : اقتسموا أو لم يقتسموا ، ظاهر هذا يقتضي أن الضمان في المال إلى

حبسهم الحاكم ، وإن كان أصحاب الديون من ورثة الميت فليأخذوهم على القسمة فيدركون عليهم ديونهم إذا اقتسموا ولو شيئاً يسيراً ، وإنما يدرك الورثة هــذا لئلا يحدث إليهم وارث يرث معهم أو وارث يرث دونهم ، لأنهم إذا دخل إليهم وارث بعــد ما قضوا ديوناً كانت على الميت فليس على الداخلين شيء مما قضوا على الميت من الديون ، وقال بعض العلماء : إن الورثة يؤخذون على الديون ولو لم

أجل معلوم ، وإنما ذكروا القسمة لينتقل المال إلى ذمة الورثة فيغرمه عنهم الضمين حينئذ والله أعلم فليحرر .

قوله : فليأخذوهم على القسمة فيدركون الخ . يحتمل أن المراد يأخذونهم إذا لم يتبرؤوا من التركة فيساوون غير الورثة ، ويحتمل أن المراد يأخذونهم على القسمة من جهة كونهم شركاء ويخفون ديونهم إذا أرادوا ذلك فيدركونها بعد ذلك لوجود القسمة ، لكن هذا إنما يتمشى على ما رواه المصنف رحمه الله فيما تقدم عن الشيخ رضي الله عنه دون قول أبي الربيع ، والله أعلم . وهذا هو المتبادر من كلام المصنف رحمه الله ، وإلا لم يظهر الفرق في أصحاب الديون بين الورثة وغيرهم ، والله أعلم فليحرر .

قوله : وإنما يدرك الورثة هذا الخ . هذا راجع إلى أن الورثة يجــوز لهم التبري من التركة حيث قال في كلام الأثر : فقال الورثة لا تخرج الديون إلا من المال الذي ترك مورثنا فلهم ذلك ، ولعله إنما أخره إلى هنا ليحكي كلام الأثر إلى قوله : ولو شيئاً يسيراً ، ويدل لهذا قوله بعد: وقال بعض الفقهاء الخ ،والله أعلم.

قوله : فليس على الداخلين شيء مما قضوا على الميت ، يعني من أموالهم وإنما لم يلزم الداخلين شيء مما قضوا لأنهم يعدون في الشرع متبرعين ، والله أعلم .

قوله : يؤخذون على الديون ، ظاهر هذا أن الدّين انتقل إلى الورثة مطلقاً

يقتسموا، والدليل على ذلك قوله تعالى : ﴿من بعد وصية يوصى بهـا أو دين﴾ ، وكذلك الوصية على هذا المعنى والله أعلم ، والقول الأول أصح عندي، لأن الورثة لو تبرؤوا إلى أصحاب الديون مما ترك مورثهم لبرئوا ، فكيف تلزمهم الديون قبل القسمة في شيء لو تبرؤوا منه لبرئوا، وإن قال لهم أصحاب الديون: بيِّنوا لنا ما ترك مورثكم لم يلزمهم ذلك ، وعلى قول الآخرين: يلزمهم أن يبينوا لهم ما ترك مورثهم ، وعليهم أيضاً أن يبيعوا ما ترك مورثهم ويوصلوا لأصحاب الديون ديونهم ، وهذا من حقوق مورثهم عليهم ، وإن قالوا : ترك مورثنا موضع كذا وموضع كذا فقد برئوا ، ومن ادَّعى بعد ذلك أنه ترك غير ذلك فعليه البيان ، والله أعلم . وإن ادعى واحد من الورثة أن القسمة قد انفسخت فعليه بيان ذلك ، فإذا ثبت ذلك وصح بالبينة رجع الأصل بينهم ، وما تلف

وليس بظاهر ، فالمراد ــ والله أعلم ــ أنهم يدركون ديونهم إذا لم يتبرؤوا ولو لم يقتسموا ، والحاصل أنهم إذا تبرؤوا لا سبيل لأحد عليهم، وإذا لم يبرؤوا ففيها قولان : صاحب القول الأول يقول : حتى يقتسموا ، وصاحب القـول الثاني يقول : إذا لم يتبرؤوا ُجبروا .

قوله : وعليهم أيضاً أن يبيعوا ، يعني على قول الآخرين كما يؤخذ من كلام أبي زكرياء رحمه الله .

قوله : فقد برئوا، وكذلك إذا قالوا : لا نعرف له مالاً فقد برئوا ، لأن القاعد في الميت الفلاس كما تقدم ، ولا يدرك عليهم اليمين على البتات لأنه غيب .

من سهم أحدهم في يده فهو له ضامن ؛ أصله البيع ، والبيع الذي باع كل واحد منهم باطل ، وإن كان لم يثبت انفساخ القسمة بالشهود إلا بقول الشركاء أو بقول أحدهم فردوا أصلهم بينهم وقالوا : قسمتنا منفسخة ، فلا سبيل لكل واحد منهم إلى ما في يد غيره بالبيع أو بوجه من وجوه الإملاك ، لأن قوله لا يكون عليه حجة .

وفي الأثر : مع أن الذي رأينا من الشيوخ أنهم لا يتبعون الخلل وكثرة التفتيش في أمر القسمة ، ويتجافون عن ذلك ولا يعينون على انفساخ ذلك إلا إن جاء الخصيم بوجه وحجة واضحة لم يجدوا لها حملاناً ، وذلك فيما يوجبه النظر ، لأن الأصل في القسمة تمييز حق ، والله أعلم . وإن خرج الغبن بعد القسمة فإنه لا يؤثر إلا في قسمة القرعة ، وأما قسمة

قوله : أصله البيع ، أي المنفسخ فإنه وإن كان لا ينتقل الملك يضمن ما تلف إذا كان مما ينتقل كما تقدم في بيع الانفساخ ، ويدل على هذا التقييد قوله : في يده ، لأن هذا إنما يتأتى فيما يُغاب عنه لأن يده يد ضمان لا يد أمانة والله أعلم.

قوله : إلى ما كان في يد غيره ، المراد بالغير؛المشتري أو الموهوب له أو نحو ذلك فلا ينفسخ البيع مثلاً إلا بالبينة على الفسخ، وهذا إذا كان المشتري من غير الورثة أو منهم ولا يصادق على الانفساخ ، والله أعلم .

قوله : بالبيع ، يعني من بعض الورثة .

قوله : إلا في قسمة القرعة ، يعني وقسمة التخيير كما سيأتي قريباً ، فالحصر

المبايعة والمواهبة والمباراة فلا يؤثر فيها لأنها بيع ، والبيع لا يؤثر فيه الغبن ولا يوجب فسخه إلا على قياس من يرى أنه يؤثر في البيع ، فيلزم على مذهبه أن يؤثر في القسمة ويفسخها ، وقال بعض : إذا أرادوا بهذه الوجوه الانفصال فيما بينهم فإنهم يترادون فيه الغبن ، والمعمول به أن هذه الوجوه لا يدرك الغبن في قسمتها لأنها بيع من البيوع ، وأما قسمة القرعة فإن الغبن يؤثر فيها ، فمن العلماء من يقول : انفسخت القسمة ، ومنهم من يقــول : لا تنفسخ ويترادّان الغبن فيما بينهم ، لأن الأصل قسمتهم على العدل ، وهذا القول عليه العمل عند شيوخنا ، والقياس يقتضي غير هذا لأن قسمتهم لم تتم بعد ، لأنهم مشتركون في الغبن ولا يتبين الغبن إلا بقول الأمناء إذا علموا ما غبن به الغابن المغبون، ويخبرون بقيمة ما غبن به ويعلمون أنهم قد اقتسموا هو وشركاؤه ، فإن لم يعلموا

إضافي يعني : دون قسمة المبايعة وإما عطف عليها .

قوله : إذا أرادوا بهذه الوجوه ، يعني الشبيهة بالبيع الانفصال فيما بينهم ، يعني: ولم يريدوا حقيقة البيع فإنهم يترادُّون ، يعني ولا تنفسخ فتحصل في هذه الوجوه ثلاثة أقوال ، أحدها : وهو المعمول به أن الغبن لا يؤثر فيها فسخاً ولا ترادداً ، والثاني : أن يؤثر فيها فسخاً ، وهو الذي استخرجه المصنف رحمه الله بالقياس ، والثالث : أنه يؤثر فيها ترادداً لا فسخاً ، والله أعلم .

قوله : ويعلمون أنهم قد اقتسموا، لعل المراد يعلمون ذلك منغير المقتسمين، يعني ولا ينظرون في الغبن بمجرد قولهم،والله أعلم . ويحتمل أن المراد لا ينظرون

بذلك شيئاً فالكف لهم أسلم ، فإن لم تكن البينة فلا يدرك اليمين ، لأنه غيب ، ولا يتبين بعد دخول المجهول في العمل من الزيادة أو النقصان نحو سقي الفدادين بالمطر وسقي الأشجار وحرثها وقطعها وما أشبه ذلك بما يكون فيه زيادة الشيء أو نقصانه ، ووقع الاختلاف إذا كانت الزيادة في السهم المغبون أو كان النقص في السهم الغابن إلا إن تبين الغبن قبل التلف والذهاب والعمارة فإنهم يتداركون على هذا الحال ، وإن مات أحدهم أو ماتوا جميعاً فلا يدرك بعد ذلك الغبن فيما بينهم ، وإن اقتسموا

في الغبن بمجرد قول المغبون ؛ بل لا بد من العلم بذلك ولو من الشركاء .

قوله : ووقع الاختلاف ، يعني التفاضل بسبب الزيادة والنقصان .

قوله : إذا كانت الزيادة الخ . لعله وكذلك إذا كانت الخ فليراجع ، ويحتمل أن المراد الاختلاف بين العلماء وهو المتبادر ، لأنه قد صحت النسخة إذا كانت والمعنى وقع الاختلاف بين العلماء إذا حصلت الزيادة في السهم المغبون كعمارة وظهور دفين حتى تساويا مثلاً أو حصل النقص في الغابن كذهاب شجرة أو بعضها مثلاً حتى تساويا ، هل يتداركون الغبن أو لا ؟ فمن قال : الغبن يفسخ القرعة ، قال : لا يتداركون لأنهم شركاء فيما زاد وفيما نقص ، فيرمون القرعة مرة ثانية مثلاً حيث تساوت الأسهم ، ومن قال: ان الغبن ولو بعد لا يفسخ قسمة القرعة ولكن يترادُّون الغبن ، قال : يدرك المغبون ذلك الغبن ولو بعد التلف ، لأنها مصيبة نزلت بالغابن بعد تمام القسمة ، ولا ينظر أيضاً إلى الزيادة التي حصلت عند المغبون بعد القسمة ، لأنها فائدة بعد تمام القسمة ، ومعنى قوله : إلا أن يتبين الغبن قبل الخ . أنه قد علم قدره بأن قطعه الأمناء فإنهم يتداركونه حينئذ قولاً واحداً ، والله أعلم .

الفدان على ثلاثة فجاز الغبن من الطرفاني إلى الطرفاني الآخر ، فلصاحب الطرف المغبون أن يرد ذلك الغبن إلى حصة الوسطاني مما بينهما ، ويأخذ مقدار ذلك من حصة الوسطاني مما يلي سهمه ، ولا يدرك عليه أن يعطيه الشيء اليسير من ذلك الغبن في الطرف الآخر لأنه ضرر ، والضرر لا يحل وأما إن تخايروا بينهم فإن الغبن يدرك فيما بينهم ولو مع حدوث الزيادة والنقصان، وإن مات أحدهم فورثته هم القاعدون فيما ترك مورثهم إلا إن أقرُّوا بالتخاير ، وذلك لأن التخاير ليس ببيع ، ومن جعله بيعاً فلا يؤثر فيـــه الغبن شيئاً ، والله أعلم . وأما العيب فلا تنفسخ به القسمة ولا يترادُّون به إلا إن كان فيه الغبن ، وذلك فيما يوجبه النظر عندي

قوله : إلا إن أقروا بالتخاير ، يعني فيدرك عليهم الغبن فلا يكونون قاعدين في جميع ما ترك مورثهم لخروج الغبن منه ، وانظر هل البيان على التخاير يقوم مقام الاقرار به عند إنكاره وهو الظاهر أو لا ؟ وهو المتبادر من كلامه ، والله أعلم فليحرر . ثم ظهر أن عدم الاقرار يفيد القعود فقط ، فيجوز مع ذلك إقامة البينة ،لأن القعود لا ينافي البينة فما فهمناه من المتبادر غير صحيح والله أعلم.

قوله : وذلك لأن التخاير ليس ببيع ، هذا التعليل يقتضي استواء قسمة التخاير وقسمة القرعة ، بل ربما يقال : إن التخاير أقرب إلى البيع من القرعة لتوقفه على التراضي ،بخلاف القرعة إذا طلبها بعضهم فإنه يجبر الباقون عليها فهي بعيدة من البيع ؛لأن البيع لا يجبر عليه ، ولقرب التخاير من البيع جعله بعضهم بيعاً ، والله أعلم فليحرر .

قوله : إلا إن كان فيه الغبن ، يعني وتنفسخ بالغبن أو يترادُّون به لا بالعيب ،

لتساويهما في معرفة ذلك العيب ، لأن كل واحد منهم أصل ذلك العيب من عنده .

وفي الأثر : والقسمة لا ترد بالعيب إلا في وجه واحد ، وذلك نحو أناس كانت بينهم أرض ليس فيها أشجار إلا نوى الثمار قد نبتت فيها ، فاقتسموا قبل أن يثمر ذلك النواء فخرج سهم أحدهم كله ذكوراً ، وخرج سهم شركائه إناثاً ، وأما إن خرج بعضه ذكوراً فالله أعلم .

وفي الأثر أيضاً : إذا اشترك رجلان أرضاً فغرسا فيها غروساً ، فاقتسما تلك الأرض بعد ذلك مع ما كان فيها من الغروس ، قال : إن كان الغروس قد أخذت وأمنا من فسادها فقسمتهم جائزة ، وأما إن

وهذا ظاهر في قسمة القرعة وقسمة التخاير عند من لم يجعلها بيعاً ، لأنهما هما اللتان يؤثر فيهما الغبن ، وأما قسمة المبايعة فالظاهر أنه يجري فيها حكم البيع فترد بالعيب دون الغبن بشرط أن لا يطلع على العيب ، وإن كان ظاهر كلام المصنف رحمه الله لا يؤثر مطلقاً، والله أعلم فليحرر. فعلى هذا لا يدرك في الوجوه الشبيهة بالبيع رد بغبن لا يؤثر فيه الغبن ولا بعيب ، لأن أصل العيب من عنده ، والله أعلم .

قوله : فاقتسموا قبل أن يثمر ذلك النوى الخ. ينظر كيف يكون لما نبت من النوى حكم مع أنه تقدم أنه تابع للأرض ، يعني فهو بمنزلة الحشيش اللهم إلا أن يحمل على ما إذا دار عليه الليف مثلاً فإن له حكم الاستقلال في الجملة ، والله أعلم فليحرر .

اقتسما من حين غرساها قبل أن يعلما أنها أخذت في الأرض ولا يعلما ما تصير إليه عاقبتها من الموت والحياة فلا تجـــوز قسمتها ، وأما إن غرساها وقد علما أنها لم تأخذ في الأرض وهي كما غرساها فقسمتها جائزة ، وذلك فيما يوجبه النظر من أجل الضرر الداخل في القسمة من جهة الجهل ، فلأن التعديل المقصود في القسمة لا يكون في الجهل والله أعلم وأحكم وبه العون والتوفيق .

باب في الرهن

والأصل فيه الكتاب والسنة

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وإنْ كنتم على سَفرٍ ولم تجدوا كاتباً فرهانٌ مقبوضة ﴾ ، وأما السنة فما رواه أبو رافع مولى رسول الله ﷺ في ارتهانه درع رسول الله ﷺ عند يهودي في المدينة ، ففيه دليل على

قوله : وذلك فيما يوجبه النظر الخ. هذا راجع إلى قوله :فلا تجوز قسمتها .

باب في الرهن ، والأصل فيه الكتاب والسنة

قوله : في ارتهانه ، لعله في رهنه .

قوله : ففيه دليل الخ . يعني أن الكتاب دل على جواز الرهن في السفر ،

جواز الرهن في الحضر ، والله أعلم . والنظر في هـــذا الباب أولاً : في الأركان ثم في صفة عقد الرهن وشروطه ثم في أحكامه ، أما الأركان فهي الراهن والمرتهن والمرهون والشيء الذي فيه الرهن ، أما الراهن فمن صفته أن يكون بالغاً عاقلاً ، سواء كان مالكاً للشيء المرهون أو غير مالك إذا رهنه بإذن مالكه ، والخليفة يرهن لمن يلي النظر عليه إذا كان ذلك سداداً ودعت إليه الضرورة ، كما يجوز بيعها على أن الرهن أخف من البيع ، لأن البيع خروج ملك ، والرهن موقوف إلى أجل ما .

وفي الأثر : وجائز لخليفة الغائب واليتيم والمجنون والأخرس أن يرهن من أموالهم في ديونهم إذا لم يجد غير ذلك ورأى له ذلك صلاحاً ، ولا يشارط المرتهن فيما تصيبه الآفات من الرهن ، فإن اشترط المرتهن ذلك فأرهنه على ذلك فهو له ضامن لما هلك من الرهن في يد المرتهن ،

والسنة دلت على جوازه في الحضر ، إلا أن المناسب أن يشير إلى ذلك في أول الباب ، والله أعلم .

قوله : بالغاً عاقلاً ، إنما لم يشترط الحرية ، لأن العبد يجوز أن يفعل ذلك بإذن مولاه ، والله أعلم .

قوله : ولا يشارط المرتهن ، أي لا يلزم له ما شرط عليه من عدم الضمان إذا تلف، بل يتركه على الأصل من كونه إذا ضاع يكون بما فيـــه ، ولذلك لا يرهن أكثر مما يساوي الدَّين كما سيأتي .

ولا يرهن من أموالهم للمرتهن رهناً فيه فضل عن حق المرتهن، ولا يرهن له إلا بقدر حقه. وخليفة الغائب واليتيم والمجنون لا يبيع شيئاً من أموالهم بدين إلى أجل ، فإن فعل فهو ضامن لما هلك منها من أجل ذلك ، ولكن يبيع نقداً بما قام وإن كان فيه نقصان عن بيع التأخير، ومنهم من يرخص في ذلك إذا رآه صلاحاً لهم ، ورأى البخس من أموالهم في بيع النقد إذا لم يبع بالتأخير ويطلب به مليئاً ثقة فليبع ويستشهد ، وإن أخذ الرهن في يده لهم فليشارط فيه الراهن ما تصيبه الآفات ، وإن لم يشارطه على ذلك فهو ضامن لما هلك من الرهن ، والله أعلم. والوكيل يرهن بوكالة من تصح وكالته ، ومن أحاطت الديون بماله يجوز رهنه وأفعاله في ماله ،

قوله : إلا بقدر حقه ، أي لئلا يضيع ذلك الزائد على اليتيم إذا ضاع الرهن لأن القاعدة أن المرتهن أمين في الزائد ، فإن فعل الخليفة فالظاهر أنه ضامن للتعدية ، والله أعلم .

قوله : فهو ضامن لما هلك الخ . يعني على قول بعض أصحابنا ، والمختار عند ابن بركة قول من قال : لا يضمن وإن فعله جائز ، ومن قال : بالتضمين ، قال : يضمن الثمن ، والله أعلم .

قوله : إذا رأوه صلاحاً ، يعني ولا يضمن كما يدل عليه المقابلة ، ويدل عليه أيضاً كلام أبي عبد الله رحمه الله في باب: بيع الدّين فليراجع ، وإن فرض المسألة في الوكيل .

لأن الدين متعلق بالذمة ، ذمته ما لم يحجر عليه الحاكم ، فإذا حجر عليه صار محجوراً عليه ، والله أعلم . وأما المرتهن فكل من صح أن يكون راهناً صح أن يكون مرتهناً ، وأما المرهون فإنه يصح أن يكون معيناً قابلاً للبيع مخالفاً للشيء المرهون فيه ، مباحُ التصرف للراهن لأجل أنه يملكه أو لأجل أنه قام مقام من يملكه مثل إذا كان خليفة اليتيم أو المجنون أو الغائب أو لأجل أنه فعل بأمر من يملك ، سواء كان قبل الفعل أو بعده إذا وقع على إجازته ويكون إقراره في يد المرتهن من قبـــل الراهن شرط أن يكون مقبوضاً غير ممنوع بحق الغير فيه .

قوله : فإنه يصح أن يكون معيناً ، هذه العبارة لا تفيد المقصود ، ولعل النسخة فإنه يجب أن يكون، أو فإنه إن كان أو فإنه يصح بأن يكون أو نحو ذلك فليراجع ، وأصح نسخته رحمه الله على هذا الأخير .

قوله : معيناً ، المراد بتعينه تحققه وتعينه في الخارج حتى لا يصح رهن ما في الذمة كالدَّين كما سيأتي وإلا فالدين في نفسه معين .

قوله : مباح التصرف للراهن ، أي حال الرهن، وأما بعده فإنه لا يتصرف فيه ، وإن تصرف فيه فسد كما سيأتي .

قوله : كان قبل الفعل أو بعده ، أي سواء كان أمر من يملك سابقاً على الرهن أو متأخراً عنه، إلا أن المتأخر في الحقيقة يسمى إجازة ، والله أعلم .

قوله : في يد المرتهن من قبل الراهن ، نفى به ما دخل في يده قبل الرهن على التعدية مثلاً ،فلا ينافي ما سيأتي من جواز كون الرهن في يد المسلط ، والله أعلم.

وإنما اشترطنا أن يكون معيناً لأن رهن الدين لا يجوز ، وما كان في الذمة لا يصح فيه القبض ، وكذلك رهن الشفعة والطلاق . وإنما اشترطنا أن يكون قابلاً للبيع ، لأن ما يحل بيعه يحل رهنه ، وما لا يحل بيعه لا يحل رهنه ، إما بمعناه وإما بمعنى غيره ، فالذي بمعناه كالمحرمات العين كالميتة والدم وما أشبه ذلك ، وكذلك المدبر والمكاتب ، لأنه حر ، والذي بمعنى غيره مثل الغرر إذا دخل في الشيء المرهون أو المبيع ، كاللبن

قوله : لا يجوز وما كان في الذمة الخ ، لعله لا يجوز لأنه في الذمة وما كان في الذمة الخ إلا ان يقال تلك مقدمة مطوية .

قوله : لأن ما يحل بيعه يحل رهنه وما لا يحل بيعه لا يحل رهنه ، كل من القضيتين أغلبية ، فإن الاولى تنقض بالثمار على الأشجار والصوف والشعر ، والثانية بجواز الجهل في الرهن كما ذكره بعد .

قوله : إما بمعناه ، أي لذاته لازماً بالذات لا يزول .

قوله : وكذلك المدبر والمكاتب لأنه حر ، فيه إشارة إلى اختيار القول بعدم جوازه ، وذكر في كتاب الوصايا في ذلك خلاف ، واختار القول بعدم الجواز حيث قال : ولا يجوز بيع المدبر ولا هبته ، وفي كتاب أبي عبدالله أيضاً : واختلف أصحابنا في بيع المدبر ، قال بعضهم : بيع المدبر جائز في العتق لثبوت الرق عليه والتدبير عتق بالصفة ما لم تقع الصفة فالرق ثابت والبيع جائز ، وقال آخرون : لا يجوز بيع المدبر إلا للعتق ويجوز بيعه عند هؤلاء في الدين ويكون في المصر الذي يكون فيه المدبر ، قال بعضهم : لا يجوز بيع المدبر على حال الى أن قال : والصحيح أنه لا يجوز بيع المدبر الخ .

في الضرع ، والبصل والثوم والسلحم في الأرض ، والحمل في بطن أمه ، ومائة ذراع من هذه الأرض ، وقد أتينا على ذكر الغرر في كتاب البيوع ولا معنى لإعادته ها هنا لأن البيع في هذا كله كالرهن ، وكذلك الثمار على الأشجار والصوف والشعر على الغنم لا يجوز رهنها ، أدركت الثمار أو لم تدرك ، لعدم القبض المشروط في الرهن ، وأما إن رهن له فداناً يساوي مائة دينار في عشرين ديناراً أو أقل أو أكثر ، ثم أراد الراهن أن يرهن

قوله : والسلحم ، يعني بالحاء المهملة كما في بعض النسخ لا بالجيم كما في بعضها لأنه غير مناسب هنا لأن معناه الطويل ، وأما السلحم بالحاء فقال في القاموس : السلحم كجحمفرة نبت ، ولا تقول تلحم ولا سلحم أو لفة وسمعت أنها اللفت والله أعلم .

قوله : لأن البيع في هذا كله كالرهن ، لعل في العبارة قلباً ، والأصل لأن الرهن في هذا كله كالبيع لأن المراد تشبيه الرهن بالبيع والله أعلم فليحرر .

قوله : لا يجوز رهنها ، وأما البيع فيجوز بشرطه المتقدم والله أعلم فليراجع .

قوله : فداناً يساوي مائة دينار الخ ، ينظر هل تخصيص الفدان بالذكر للإشارة إلى أن هذا الحكم خاص بالأصول دون المنتقلات لاختلاف القبض فيها لأن القبض في الأصول بجرد التخلية بينه وبينها فيعتبر قبض الثاني بخلاف المنتقلات ، أو المراد فرض المسألة فقط فيجري ذلك المنتقلات أيضاً وهو الظاهر والله أعلم فليحرر .

تلك الزيادة التي فيه عن حق المرتهن لغيره فلا يجوز له ذلك، أذن له المرتهن أو لم يأذن له ، لأن تلك الزيادة مجهولة ولا يدري هل تصح أم لا ؟ ولعلها لا تصح لاختلاف في الأسعار والله أعلم . وجوّز بعضهم أن يرهن تلك الزيادة إذا أذن له المرتهن في رهنها، ويجعلون أجلاً يبيعها على أجل، بيع الرهن الأول أو بعده ، ولا يجعلوه قبله لأنه لا يجوز البيع للآخر حتى يستوفي المرتهن الأول حقه ، فإذا باع الأول واستوفى حقه ، فما بقي في الرهن من حقه فهو حق المرتهن الثاني ، وإن لم يبق شيء فلا شيء للآخر ويتبع الراهن بماله ، وإن ذهب من الرهن شيء فهو من مال المرتهن الأول

قوله : لغيره ، مفهومه أنه يجوز رهن تلك الزيادة للمرتهن في دين آخر ، وظاهر العلة يقتضي المنع مطلقاً عند القائل به لأن الاختلاف بالاعتبار بمنزلة اختلاف الذات والله أعلم فليحرر .

قوله : لأن تلك الزيادة مجهولة الخ، الظاهر أن فيه علة أخرى أيضاً وهو أنه إذا أذن له في ذلك فقد تصرف في الرهن ، والقاعدة أنه متى جالت يد الراهن في الرهن بطل الرهن والله أعلم .

قوله : فهو من مال المرتهن الأول، لعل هذا مبني على أن ما ذهب من الرهن يعتبر من دين المرتهن ولا يذهب على الراهن إلا ما زاد ، وهذا هو المصدر به فيما سيأتي ، وذهب بعضهم الى أن ما كان زائداً على قدر الدين إذا ذهب يكون من مال الراهن ، وانظر هل يتأتى ذلك هنا أو لا يتأتى ؟ والظاهر الثاني لأنه قد رضي أن يكون له في الزيادة تعلق، فما ذهب يحسب من حقه والله أعلم فليحرر.

فما زاد على مال الأول فهو من مال الثاني ، وإن ذهب كله فقد ذهبت حقوقهما جميعاً ، وأصل هذا القول لأنه مال الراهن رهنه رهنا مقبوضاً في حقه فجاز أصله سائر الأموال ، والجهل الداخل فيها لا يبطل جوازها كما لا يبطل جهل قيمة الرهن فلعله لا يكون فيه وفاء الدين ، أو لعله يذهب كله فلا يبطل بذلك لأنه موجود، وهذه العلل كلها أطوار فيه والله أعلم . وفي الأثر في هذه المسألة : وأما إن انفسخ الرهن من يد المرتهن الأول أو أبرأه إليه الراهن أو وضع عنه حقه أو فكّه الراهن من عنده فالله أعلم . ويعجبني أن يكون مال الثاني في الزيادة على حاله والله أعلم .

قوله : وأصل هذا القول، يعني وهو القول بجواز رهن الزائد .

قوله : لأنه، لعله أنه لأنه الخبر بنفسه ، فالضمير راجع الى الزائد على قدر رهن الأول .

قوله: في حقه ،أي في حق عليه، فالإضافة لأدنى ملابسة والله أعلم فليحرر.

قوله : والجهل الداخل الخ . هذا جواب عن سؤال مقدّر وهو أنه كيف رهن تلك الزيادة مع وجود الجهل فيها .

قوله : فلعله لا يكون الخ . هذا بيان لجهة الجهل في الرهن .

قوله: أو أبرأه إليه الراهن ، المناسب لما بعده المرتهن بدل الراهن والله أعلم فليراجع .

قوله : فالله أعلم، أعني في حكم تلك الزيادة .

قوله : في الزيادة على حاله، يعني كما وقع عليه الاتفاق أولاً .

وكذلك رهن العبيد والإماء والمصاحف عند أهل الكتاب . لا يجوز كما لا يجوز بيعها ، وأما شرطنا بأن يكون مخالفاً للشيء المرهون فيه فذلك إذا رهن له ما يدرك عليه في حقه ويحكم له الحاكم مثل الدينار الجنس بالجنس ، والدراهم في الدراهم ، والشعير في الشعير ، والقمح في القمح ، وذلك فيما يوجبه النظر ، لأنه أشبه بيع الربا ، في جهة الجنس والزيادة والأجل ، وأما رهن الجنس في الجنس ان اختلف الجنس في نفسه مثل أجناس التمر والدنانير والقمح وما أشبه ذلك، فلا بأس به لأنه مختلف ، والمختلف يحتاج الى البيع ، وقد ذكر في بعض الآثار : ويجوز

قوله : فذلك إذا رهن له ما يدرك الخ . الأولى أن يقول : فذلك أن لا يرهن له ما يدرك الخ . لأن المتبادر تصوير المخالفة ، ويحتمل إبقاؤه على ظاهره ويجعل تمثيلاً لمحترز الشرط ، إلا أن الأولى التنبيه عليه بأن يقول مثلاً : وأما شرطنا أن يكون مخالفاً للشيء المرهون فيه ، فينفي أن يكون موافقاً وذلك إذا رهن الخ .

قوله : والشعير في الشعير ، والقمح في القمح ، أي إذا حصل الاتحاد بينهما من جميع الجهات بدليل ما بعده وذلك لأن الحاكم لا يحكم به عند الاختلاف في بعض الصفات والله أعلم. إلا أن تشبيهه ببيع الربا يقتضي المنع في الجنس مطلقاً والله أعلم فليحرر ؛ اللهم إلا أن يقال المشبه لا يقوى قوة المشبه به من كل وجه والله أعلم فليحرر .

قوله : يحتاج الى البيع ، يعني فلا يحكمه الحاكم، وكل ما لا يحكم به الحاكم في ذلك الحق يعد مخالفاً .

رهن الخلاف في الخلاف والوفاق في الوفاق ، فعلى هذا القول يجوز لأنه رهن في حق وليس ببيع والله أعلم .

وأما شرطنا بأن يكون مباح التصرف للراهن بملك أو بأمر من يملك ، لأنه إذا رهن رجل لرجل رهناً وليس للراهن فيه شيء يومئذ ، ثم دخل ملكه بعد ذلك بوجه من وجوه الأملاك ، فلا يجوز ذلك الرهن حتى يعيده مرة ثانية بعد ما ملكه قياساً على البيع ، وقد نهى ﷺ عن بيع ما ليس معك ، وكذلك سائر العقود من الهبـــة والوصية والقسمة والكراء . وأما إذا رهن ما ليس له بإذن مالكه فلا بأس ، وكذلك إذا رهنه بغير أمره ثم جوّز له مالكه الرهن بعد ذلك ، والدليل على ذلك

قوله : وليس ببيع ، يعني فلا يلزم فيه ما ذكر من الربا .

قوله : بملك أو بأمر من يملك ، لقيامه مقام من يملك كما تقدم .

قوله : لأنه ، لعله فلأنه لأن حذف الفاء في مثل هذا غير مقيس .

قوله : فلا يجوز ذلك الرهن الخ وذلك لأن تلك العقدة فاسدة ، وهذا ظاهر إذا علم المرتهن بذلك والله أعلم .

قوله : ما ليس معك ، أي بوجه شرعي فلا يردان هذا الشيء معه .

قوله : وكذلك إذا رهنه بغير أمره ثم جوز الخ ينظر ما الفرق بين تجويز صاحب الشيء بعد الوقوع وبين دخول الرهن في ملك المرتهن بعد ذلك ، اللهم إلا أن يحمل ما هنا على ما إذا اشترط رضاء صاحبه ، فيجوز له بعد ذلك بخلاف الأول

حديث عروة البارقي الذي (دفع له النبي ﷺ ديناراً وأمره أن يشتري له به أضحية ، فاشترى له شاتين فباع أحدهما بدينار وجاء الى النبي ﷺ بشاة ودينار ، فأجاز له النبي ﷺ الفعل)[1] ،وهذا إنما يكون فيما يوجبه النظر في غير الأصول، وأما الاصول فلا،والفرق بين الأصل والمنتقل في هذا لأن المنتقل القاعد فيه من كان في يده لأنه غير معروف لأحد،واليد دليلة

فالرهن كالبيع إن اشترط رضاء صاحبه أولاً توقف على إجازته ، فيجوز إن أجازه ويبطل إن أبطله على الراجح وإن لم يشترط بطل مطلقاً ،إلا أن الاستدلال بظاهر الحديث يقضي الجواز ، وإن لم يشترط الرضا أولاً ،اللهم إلا أن ينظر في الاستدلال بالفرق بين الحديث وما نحن فيه بأن الحديث فعل فيه ما هو مصلحة للغائب فكأن الشرع أباح له ذلك ابتداء،لأن من قواعد الشرع أن الغائب عمله فيما يصلح له وما نحن فيه ليس كذلك ، إلا أن سياق كلامه بعد يقتضي أن المنتقل يجوز إتمامه وإن لم يشترط رضاء صاحبه ،وكلامه فيما تقدم في العقيدين يقتضي أن الخلاف بيع مال الغير هل ينعقد أو لا إذا اشترط رضاء صاحبه ؟ وظاهره أنه لا فرق بين المنتقل وغيره والله أعلم فليحرر .

قوله : وهذا، أي وهو رهن مال الغير بغير أمره أي بغير اشتراط رضاه أيضاً على ظاهر كلامه إنما يمكن الخ .

قوله : وأما الأصول فلا ، أي فلا ترهن إلا بأمر صاحبها أو باشتراط رضاه كما صرح به آخراً .

قوله : واليد دليلة ، الظاهر أن الأولى واليد دليل ، وإن كانت اليد مؤنثة

---

(١) تقدم ذكره .

على مالكه والأصل معروف، فإذا عرف لأحد بوجه من وجوه الأملاك فلا يزيله عن حكمه إلا معرفة خروجه من ملك مالكه الى ملك من انتقل إليه من وجوه الأملاك، ولذلك قلنا أو نقول في بيع الأصول: لا بد من نسبتها الى ملاكها في حين البيع ليصح خروجها من ملاكها ، فإذا كان هذا هكذا، كانت موقوفة الى إذن مالكها إذا باعها أو رهنها من ليس بمالك لها على هذه الصفة ، وإن باعها غير منسوبة لمالكها فلا تصح بعد ولو جوزوا له فعله في ذلك لأنه باع ما ليس له والله أعلم .

وأما شرطنا بأن يكون إقراره بيد المرتهن من قبل الراهن ، لأن من غصب لأحدٍ شيئاً فلا يجوز أن يكون رهناً بيد الغاصب ما لم يقبضه منه المغصوب منه ثم يعيده في يده إن أراد ، ولا ينتقل من ضمان الغاصب

لأن الدليل هو المرشد وما به الإرشاد ، نقول مثلاً : هذه العلامة دليل على كذا والله أعلم .

قوله : من نسبتها ، لعله لا بد من نسبتها .

قوله : لأنه باع ما ليس له ، يعني غير منسوب لمن هو له ، بدليل ما قبله ، وإن كان ظاهر العلة يقتضي المنع مطلقاً والله أعلم .

قوله : بيد الغاصب ، المناسب بيده ، وانظر ما الحكمة في العدول من الإضمار إلى الإظهار لأنه هو الرابط بين الإسم والخبر والأمر في ذلك سهل .

قوله : ولا ينتقل من ضمان الغاصب إلى الرهن ، وذلك لأن المضمون لا

الى الرهن حتى يقبضه منه ثم يرهنه له ، وكذلك ما كان في يده بالوديعة أو بالعارية أو بالقراض ، فلا ينتقل الى الرهن حتى يقبضه منه صاحبه ، ثم يرده في يد المرتهن على سبيل الرهن ، سواء كان ذلك في يد المرتهن أو في يد غيره ، فما كان أمانة فلا ينقل رهناً قبل القبض، كما أن ما كان مضموناً فلا ينتقل الى الأمانة . وأما شرطنا بأن يكون مقبوضاً غير ممنوع بحق الغير فيه ، لأن من شرط جواز الرهن القبض ، لقوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ ، فلا يجوز الرهن على هذا إلا وهو مقبوض . وفي الأثر :

ينقلب أمانة لأن الرهن قد يكون فيه فضل ، والقاعدة أن المرتهن أمين فيه والغاصب لا يكون أميناً فيما غصب والله أعلم .

قوله : أو في يد غيره، أي كالمسلط بأن يكون ذلك أمانة عنده أولاً فيقع الإتفاق على أن يكون رهناً فلا يصح ذلك أيضاً حتى يقبض منه ويرد إليه كالمرتهن نفسه والله أعلم .

قوله: قبل القبض، أي على جهة كونه رهناً، فلا يقال هو مقبوض عنده لأن ذلك على جهة الأمانة فلا عبرة به في الرهن، وسبب ذلك أن الرهن بما فيه إذا ضاع فيكون ما يقابل حقه من ضمانه مع أنه غير متعد ، فلو بقي على القبض الأول لم يضمن لأنه أمانة ، والأمانة لا يضمنها إلا بالتعدي، والمفروض انتفاءه والله أعلم .

قوله : مضموناً، أي كالمغصوب .

قوله : مقبوضاً، أي بيد المسلط .

وإذا ارتهن الرجل داراً وقبضها بإقرار الراهن ولم يعاين ذلك الشهود ، وقوله : إن إقراره في ذلك جائز عليه ، وإن جحده يوم تخاصم إن كان الدار في يد الراهن يوم تخاصم ، أو الواهب، فإنه يقضي عليه بها ويدفعها إلى المرتهن أو الموهوبة له أو المصدقة عليه وبه نأخذ. وكان ابن عباد يقول: لا يجوز ذلك بإقرار الراهن حتى يعاين ذلك الشهود ، فهذا من ابن عباد يدل أن شرط القبض في الرهن من شروط صحته ، وعلى قول الآخرين من شروط تمامه ، وفائدة الفرق من قال: شرط صحة إذا لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن،ومن قال: شرط تمام يلزم الرهن بالعقد ويجبر الراهن على الإقباض . وقد اختلف العلماء أيضاً في صفة القبض ، قال بعضهم : القبض ما يقبضه الرجل ويكون في ضمانه ، وصفة القبض في الأصل على هذا القول أن يأخذ المرتهن من الراهن مفاتيحه ، فتكون بيده إذا كان الرهن دوراً أو بيوتاً أو ما أشبه ذلك من المساكن ، وإذا كان فداناً أو

قوله : وقوله ، فلعله فقوله ، والضمير راجع لابن عبد العزيز .

قوله : من شروط تمامه ، أي كماله ، فهو مستحسن فيلزم الإتيان بالرهن إذا اشترط وإن لم يكن مقبوضاً .

قوله : لم يلزم الرهن الراهن، أي لا يلزمه الإتيان بالرهن .

قوله : أيضاً، أي كما اختلفوا في القبض هل هو شرط صحة أو شرط تمام .

بستاناً أو ما أشبه ذلك من الأصول فليخرج منه أجير الراهن ويدخل أجير المرتهن فهو قبضه أو ما أشبه قبضه ، ولا يجوز على مذهب أصحاب هذا القول رهن جميع التسميات من جميع الأشياء لعدم صحة القبض في ذلك عندهم ، وكذلك العطية عند من اشترط فيها القبض ،وبعضٌ جوّز رهن التسمية للشريك دون غيره لأن الشريك يصح قبضه في ذلك ، لكون الشيء جميعاً في يده ، وحجة صاحب القول الأول أن الشريك إذا كان يجوز له أن يبيع سهمه لغيره فيبطل القبض حيث كان غير مستحق

قوله : فليخرج منه أجير الراهن الخ، أي إن كان الأجير هو الذي يتعاطى ذلك وإلا فعلا ذلك بأنفسهما ليتحقق القبض والله أعلم .

قوله : فهو قبضه ، أي فإذا فعلا ذلك فهو قبضه ، والمناسب أن يجعل جواباً لقوله : وإذا كان الرهن ، ويكون معنى قوله : فليخرج ويدخل فخرج ودخل على حد ﴿ فليمدد له الرحمن مدّاً ﴾ فإنه انشاء في معنى الخبر .

قوله : لغيره ، أي غير المرتهن .

قوله : فيبطل، لعله بطل .

قوله : حيث كان غير مستحق الخ، هذا ظاهر إذا رهن التسمية عند غير الشريك وطلب من شريكه أن يكون الجميع في يد المرتهن على أن تكون حصته أمانة عنده كما سيأتي في المثال . وأما إذا كان الرهن عند الشريك فلم يتعرض له مع أنه المدعي، والظاهر في علة البطلان بالنسبة إليه أن يقال مثلاً: إن الشريك المرتهن يجوز له أن يبيع سهمه ،فإذا باعه زال قبضه،وإذا زال قبضه

لأن من شرط صحة الرهن أن يكون مقبوضاً بحق، فإذا زال عنه القبض بحق بطل الرهن ، ومثل ذلك لو رهن لرجل سهمه في الشيء المشترك واشترط على شريكه أن يكون الشيء المشترك جميعاً في يد المرتهن على أن يكون سهم شريكه في يد المرتهن على سبيل الأمانة، لكان الرهن غير جائز، لأن القبض لم يكن بحق لجواز ارتجاع الشريك سهم شريكه منه، وكذلك كل ما لم يكن الرهن فيه مقبوضاً في يد المرتهن بحق ، وكذلك زوال القبض بغير حق لا تبطل الرهن ، مثل إن غصبه من يد المرتهن غاصب ، فلا يبطل الرهن بذلك لأن الغاصب إنما يريد القبض بغير حق ، فإن قال قائل: ما الدليل على أن زوال القبض بحق يبطل الرهن؟ قيل له: الدليل على ذلك لو قال الراهن للمرتهن: أرهنه بدينك لكان ذلك مما يبطل الرهن،

بطل رهنه، وذلك أن قبضه للرهن تابع لقبضه ماله، فإذا زال قبضه عن المتبوع زال قبضه عن التابع والله أعلم .

قوله: واشترط على شريكه، أي سأل منه ذلك، لأن حقيقة الشرط لاتتأتى هنا والله أعلم .

قوله : على سبيل الأمانة، أي وأما لو كان على سبيل الرهن فإنه يصح في الجميع وليس له الإرتجاع .

قوله : لجواز ارتجاع الشريك سهم شريكه منه، المناسب للظاهر أن يقول ارتجاع الشريك سهمه منه يعني لكونه أمانة عنده ، ويحتمل إبقاؤه على ما هي عليه ويكون المراد بالشريك الذي له الإرتجاع هو الراهن لأنه هو الذي جعل سهم شريكه أمانة عند المرتهن والله أعلم فليراجع .

قوله : ارهنه بدينك، يعني ففعل ذلك حتى يصدق عليه أنه زال القبض من

فهذا مما يدل أيضاً من قائله أن شرط القبض في الرهن من شرط تمامه والله أعلم. وفرّق بعضهم بين الأصل والمنتقل في هذا، فأجاز رهن التسمية من الأصل ولم يجوّزها في غير الأصل ، فلعل هذا منهم استحسان ، لأن قبض الأصل ليس كقبض المنتقل ، وقبض الأصل رفع اليد عنه، وهذا

يده بحق، وإلا فكيف يصدق عليه ذلك، ويمكن إبقاءه على ظاهره ليناسب ما استنبطه المصنف رحمه الله من هذا الكلام بقوله، فهذا مما يدل أيضاً من قائله الخ. فإنه رحمه الله حمله على ظاهره وجعل الرهن يبطل بمجرد قوله للمرتهن : أرهنه بدينك، إلا أن الظاهر يحتاج إلى تقدير شيء لا بد منه وهو رضى المرتهن، وأما لو قال له : أرهنه ولم يرض بذلك فالظاهر أنه لا ينفسخ ، وإذا تم هذا فقد دل هذا الكلام من قائله أن القبض في الرهن شرط تمام لا شرط صحة ، وذلك ينظر إلى المرتهن الثاني الذي له الدين على المرتهن فإنه يصح له هـذا الرهن وإن لم يقبضه من المرتهن بالفعل ، ويقضي له به إن أراد والله أعلم فليحرر فإنه في غاية الخفـاء .

قوله : ولم يجوزها في غير الأصل، ظاهره ولو لم تمكن فيه القسمة فلا يكون الرهن على هذا كالبيع فيفارق القول الذي بعـده فلا يجوز في التسمية من جمل وحمار ونحو ذلك والله أعلم .

قوله : فلعل هذا منهم استحسان ، التعبير بالاستحسان يقتضي عدم ظهور الدليل في الفرق بين الأصل وغيره مع انه ظاهر ، فالمناسب أن يقول مثلاً : وإنما فرقوا بين الأصل وغيره لأن قبض الاصل الخ . وهذا إنمـا يصح إذا قلنا إن الاستحسان لا دليل معه كما في الموضع ؛ وأما إذا قلنا إن الاستحسان لا بد معه من دليل حتى يكون محموداً كما في السؤالات فلا يرد ما تقدم بل يجعل هذا ، الدليل علة الاستحسان وهذا هو الظاهر والله أعلم .

موجود في الكل والبعض، وهو المعمول به عند أصحابنا ، وقال البعض الآخر : القبض في الرهن كالقبض في البيع ، وكلُّ ما يجوز بيعه يجوز رهنه كما يجوز بيعه ، ولا يجوز رهن الدار أو البيت أو الحانوت إذا كانوا في الكراء ، وكذلك العبد والأمة والدابة وغيرهم ممن يجوز رهنه ، فلا يجوز إذا كانوا في الكراء ، لأنه قد اشترطنا من جواز الرهن ألا يكون ممنوعاً بحق الغير فيه ، وكذلك بيعه وهبته وصداقه وكراؤه لغير المكري الأول لا يجوز، لأن هذا كله مما يوجب تسليمه، والحق المتعلق به يوجب المنع ، فصح الفعل الأول وبطل الفعل الثاني والله أعلم .

وأما الشيء الذي يجوز فيه الرهن فهو بالجملة مال مضمون، سواء كان معيناً أو في الذمة ، والمعين مثل العارية ، والمضمون في الذمة مثل أثمان المبيوعات وعناء الإجارات وأرش الجنايات ومهور النساء ، بشرط أن

قوله : المكري، لعله المكتري .

قوله : مال مضمون ، أي حقيقة كالدين أو حكما كالعارية إذا اشترط فيها الرد أو الضمان ، وإلا فحقيقة المضمون ما كان في الذمة فقط والمعينات لا تقبلها الذمم لكنها إذا تلفت انتقل ضمانها إلى الذمة فجعلها مضمونة بهذا الإعتبار والله أعلم .

قوله : المبيوعات، الأولى المبيعات .

يكون هذا كله مفروضاً معلوماً، وكذلك يجوز في الحوالات والضمانات في القرض دون السلم ، وقد ذكرنا ذلك وما فيه من الاختلاف في باب السلم. وسواء كانت هذه الديون كلها مؤجلة إلى أجل ومعجلة قد حلّ أداؤها فإن قال قائل: أرأيت إن كان رهن له رهناً في شيء غير معلوم مما يرجع إلى القيمة، على أن يبيعه ويكون في يده ثمنه، فإذا عرف ماله على الراهن بقيمة العدول قضى حقه مما في يده من ثمن الرهن ، قيل له : فهذا إنما يمكن جوازه فيما يوجبه النظر على المتامة والله أعلم .

ولا يجوز الرهن في جميع الأمانات مثل المضاربة والوديعة والرسالة والأمانة لأنها غير مضمونة إن تلفت ، وكذلك لا يجوز الرهن في ضمين الوجه ، لأن من ضمن بالوجه ليس عليه إلا أن يحضره بنفسه والله أعلم .

قوله : قد حلّ أداؤها ، الظاهر أنه قيد في المؤجلة ، وهذا إذا لم يشترطه ابتداء وإلا جاز مطلقاً .

قوله : بقيمة العدول ، فيه اشارة إلى أن ما يرجع إلى القيمة لا يجزىء فيه عدل ولا عدلان كما نص عليه ابو زكرياء رحمه الله .

قوله : على المتامة ، أي يتمان ذلك بينهما بغير حكم حاكم لأن الحاكم لا يحكم بصحة الرهن إلا إذا كان في معيّن وهذا ليس كذلك والله أعلم .

قوله : إن تلفت ، أي إلا بالتعدي أو التضييع .

ولا يجوز رهن في رهن ولو كان الدين يحيط بهما جميعاً ، فالأول منهما رهن والثاني ليس برهن ولا يذهب الدين بذهابه ، فإن قال قائل: أرأيت إن باعه وقضى منه دينه أيجوز ذلك بيعه أم لا؟ قيل له: إذا كان متفقاً على ذلك وباعه فهو جائز ، وجوازه من جهة الإذن لا من جهة الوجوب واللزوم والله أعلم .

قوله : بهما جميعاً الخ، أي يساويهما معاً، وإنما لم يجز الرهن في الرهن لأن الرهن إنما يصح فيما يضمن ، والرهن لا يضمنه المدين إذا ضاع بل ضمانه من المرتهن والله أعلم .

قوله : إذا كان اتفاقهما على ذلك الخ، يعني فهو بمنزلة المتاممة لأنه لا يحكمه الحاكم والله أعلم .

باب في صفة عقد الرهن وشروطه

وفي الأثر : وإذا كان لرجل على رجل دين إلى أجل ، وأراد أن يرهن له فيه رهناً ، واتفقا على ذلك : الراهن والمرتهن ، فإنهما يأتيان الى الشهود فيقول الراهن لهم : فلان ابن فلان أو هذا الرجل يشير إليه ، له عليّ عشرون ديناراً أو ثلاثون أو ما أشبه ذلك من الدنانير أو الدراهم أو غير ذلك ، من بيع كذا وكذا لشيء يسميه وهو مما يجوز بيعه الى أجل ، والأجل بيننا الشهر الفلاني والمقبل حلّ عليّ ماله ورهنت الفدان الذي لي

باب في صفة عقد الرهن وشروطه

قوله : دين إلى أجل، هـذا فرض مسألة فقط، لأن الرهن يجوز في المعجل والأجل كما تقدم .

قوله : مما يجوز بيعه إلى أجل، أخرج به الذهب والفضة .

قوله : حل عليّ ماله، لعله فإذا جاء حل علي الخ ونحو ذلك،فليراجع صحة النسخة هكذا فيجعل جواب شرط مقدر .

في مكان يسمى بكذا وكذا بكله وكل ما فيه من الناس الى الناس رهناً يباع على الأجل وبعد الأجل، وأجل بيع الرهن أو هذا الرهن على أجل هذه الدراهم ، ويحتاج أن يستثني ما في هذا الفدان من القبور والمساجد ويخط عليهم ، وكذلك يذكر ما فيه من البيوت والغيران والأجباب والصهاريج، ويستثني ما فيه من الثمار المدركة كما يفعل في البيع، وقد ذكرنا ذلك في بيع الأرضين ولا معنى لإعادته ، وكذلك الشهود إذا أرادوا أن يشهدوا به فلا بدّ لهم من ذكر ما يحدث فيه من الثمار والزرع والبناء والتحويل لما تحول منه وما نقص عنه مثل ذلك أيضاً، ولا يشهدوا به حتى يبينوا أن تلك الشهادة عندهم بالصفة والبتات، وذلك لأن الأشياء تعرف إما بالمشاهدة والبتات، وإما بالصفة واللقب، فعليهم أن يبينوا

قوله : على أجل هذه الدراهم ، أي إن كان لها أجل وإلا فيجوز أن الرهن في الدين العاجل، ولا يجوز أن يكون للرهن حينئذ أجل على الراجح كما سيأتي والله أعلم .

قوله : ويستثنى ما فيه من الثمار المدركة ، لعله على القول بأنه لا يجوز بيع أشياء مختلفة بثمن واحد لأنها صارت سلعة مستقلة ، فإن اتفقا أن تكون رهناً ثانياً بعد الإستثناء فالظاهر أنه جائز والله أعلم فليحرر .

قوله : أن يشهدوا به ، أي بالفدان عند حلول الأجل إذا احتيج إلى ذلك .

قوله : بالصفة إذا لم يشهدوا بالبتات ، أي بالقطع إذا شهدوا .

ذلك ، وهذا في البيع والهبة والصداق والوصية ، وأما الرهن فلا يحتاج فيه الشهود إذا أرادوا أن يبلغوا الخبر عليه عند الحاكم إلى ذكر الصفة والبتات ، لأن الحاكم لا يحتاج فيه إلى إرسال الأمناء لأنه ليس بخروج ملك والله أعلم .

وإذا تمت شهادة الشهود على الفدان عند الحاكم كما ذكرنا ، فلا يحكمه ولا يقعد فيه ولا يحلف عليه حتى يبعث أمينين يرونه أو يراه هو بنفسه لئلا يعمل بجهل منه بذلك، والعمل لا يصح إلا بالعلم، وهذا فريضة الله على الحاكم والله أعلم .

وأما الدور والبيوت وما أشبهها من المساكن والآبار والحمامات والأجباب ، إذا أراد الراهن أن يرهنها للمرتهن ، فإنه يرهنها له بكلها ومصالحها وكذلك البيع والهبة والوصية والصداق ، وقد ذكرنا هذا في باب البيع، والتسمية من المقصود حكمها كحكمه في جميع ما ذكرنا،وأما إن أراد أن يرهن له جميع أصله في حد معروف أو نصيب معروف منه ،

قوله : والتسمية من المقصود،أي عند من يجوز رهنها وهو الراجح كما تقدم.

قوله : في حد معروف ، أي في بلد معروف أو جهة معروفة أو موضع معروف أو نحو ذلك، فهو حال من جميع أو من أصله وليس صرف لغير الرهن والله أعلم .

فلا يرهنه له حتى يذكر له بكلّه وكلّ ما فيه من الناس الى الناس، ويحده له بأربعة حدود، ولا يحتاج إلى ذكر ما فيه من الأجباب والآبار والقبور والأنهار والمساجد، وقد ذكرنا هذا في باب البيع، وبالجملة ان جميع ما يحتاج إلى ذكره في البيع يحتـــاج إلى ذكره في الرهن نسقاً بنسق، وكذلك الشهود أيضاً إذا أرادوا أن يشهدوا بالدمنة، فلا يضيق عليهم ذكر ما يحدث فيها من الثمار والشجر والبنيان وغير ذلك من الأشياء المحدثات التي يحتاج إلى ذكرها في المواضع المخصوصة، أحدثت فيها أو زالت منه لأنه مخصوص، والمخصوص معين بخلاف العموم، والعموم يصلح دخول الخصوص فيه ولا يبطله، ولهـــذا ليس عليهم فيه من ذكر الصفة والبتات شيء، وهذا أيضاً لئلا يدخل على الشهود شيء

قوله: من الناس إلى الناس ويحدّه له، تقدم بيان معناه فليراجع.

قوله: والقبور والأنهار، الأولى تقديم الانهار على القبور كما هو ظاهر.

قوله: وبالجملة، أي وإن عبرنا بعبارة مجملة وتركنا التفصيل، والمناسب أن يقول فجميع بالفاء، ويترك إن، والله أعلم.

قوله: نسقاً بنسق، إلا في ذكر الصفة والبتات.

قوله: ولهذا ليس عليهم فيه من ذكر الصفة والبتات شيء، لعل هذا في البيع والهبة ونحو ذلك، وأما الرهن فقد تقدم أن الشهود لا يحتاجون إلى ذلك في الخصوص فكيف يتوهم ثبوته في العموم والله أعلم فليحرر.

من ذلك وقد أمروا أن يأتوا بالشهادة على وجهها ، وكذلك الحاكم أيضاً إذا أراد أن يحكم لأحد بالدمنة أو يقعده فيها أو يحلفه عليها فلا يحتاج إلى إرسال الأمناء والله أعلم .

فصــــل :

وفي الأثر : ومما يجوز أيضاً للمرتهن من شروط الرهن عند عقده أن يقول له الراهن: الرهن في يده إلى آخر حقه، وليس لي بقية أو زيادة إلا

قوله : وهذا أيضاً الخ ، إنما لم يلزم الشهود بذكر الصفة والبتات نفياً للتحريج عليهم في العام إذا أرادوا بيانه لأنهم ربما يخطئون فيضر ذلك بشهادتهم وقد أمروا أن يأتوا بالشهادة على وجهها والله أعلم .

قوله: فلا يحتاج إلى إرسال الأمناء ، أي لما في ذلك من الحرج بخلاف الخصوص والله أعلم .

فصل :

قوله: في يده إلى آخر حقه الخ، فيه التفات من الخطاب إلى الغيبة أو يكون ليس فيه ذلك لكن المناسب حينئذ أن تكون النسخة أن يقول لهم الـخ يعني للشهود فليراجع .

قوله : وليس لي بقية الخ، معناه يباع الرهن كله ولو زاد على قدر الدين، ولا يكون للراهن إلا ما فضل من الذهب والفضة بعد قضاء الدين ، يعني إن بيع الذهب والفضة ، والحاصل أنه ليس له إلا الفاضل من الثمن وإنما نص على الذهب والفضة لأنها أثمان الاشياء والله أعلم . فليحرر .

في الذهب أو الفضة إن باعه بنفسه فله ، وإن أمر أن يبيعه فله ، وإن لزمني فله ، وإن لزم الرهن فله ، والمعنى في إن لزم الرهن فله ، إن باع الرهن فله وليس عليه شيء مما تصيبه الآفات من ذلك الرهن . والحاجة للمرتهن أن يشترط أن يكون الرهن بيده إلى آخر حقه ، لأنه إذا لم يشترط ذلك إذا قبض من الراهن شيئاً من دينه ، وإن كان شيئاً يسيراً أزال الرهن من يده وانفسخ ، والذي يوجبه النظر عندي أن جواز هذا الشرط يدل

قوله : بأن باعه بنفسه الخ قال شيخنا خلافاً لمذهب مالك ، فإنه لا يجوز إلا إذا أذن له بعد العقد، وأما إذا أذن له في نفس العقد فلا يجوز ، قالوا : لأن الإذن حينئذ منفعة زادها الراهن له فهو هدية مدين وفيه تأمل انتهى. وجه التأمل منع كونه هدية لشرطه في العقد أمراً مباحاً ، والذي يظهر أن الأمر بالعكس لكن عندنا ؛ الإذن يجوز في البيع مطلقاً .

قوله : والمعنى في إن لزم الرهن الخ، إنما فسر لزوم الرهن ببيع لأنه لا معنى لإبقائه على ظاهره لكونه تحت يده .

قوله : من ذلك الرهن ، يحتمل أنه بدل من قوله: مما تصيبه ، ويحتمل أنه صرف لقوله لتصيبه أي تأخذه وتعدمه ، ولو قال : ليس عليه شيء من الآفات التي تصيب ذلك الرهن أي تنزل به لكان أظهر والله أعلم .

قوله : والحاجة، مبتدأ وقوله لأنه الخ خبر .

قوله : والذي يوجبه النظر عندي الخ، هذا النظر جاء به المصنف رحمه الله لمعاوضة صاحب الأثر في قوله والحاجة للمرتهن أن يشترط الخ حيث اطلق في الاحتياج إلى الاشتراط بل ذلك مقيد بما إذا كان رهنا في الجملة كما يدل عليه كلامه رحمه الله .

أن الرهن يحتمل أن يكون محبوساً في جملة الدين وفي أبعاضه، ويحتمل أن يكون محبوساً في جملة الدين لا غير، ولولا ذلك لم يجز اشتراط المرتهن ذلك لأن الشرط لا يحل لمشترطه ما ليس له، لقوله عليه السلام من طريق عروة ابن الزبير عن عائشة: (أنه خطب الناس فقال: يامعشر المسلمين ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ألا من شرط شرطاً ليس في كتاب الله وإن شرطه مائة مرة ليس له شرطه، فإن شرط الله أولى وأحق)[1]، فإذا كان الرهن محبوساً في جملة الدين وفي بعضه لم يزل محبوساً إلى آخر حق المرتهن، ولو لم يشترط ذلك أصله حبس التركة عن الورثة حتى يؤدوا الدَّين الذي على الميت، وإذا كان الرهن محبوساً في جملة الدين لا غير كان الرهن ينفسخ من يد المرتهن إذا أخذ من حقه شيئاً، لأن الرهن معلّق إلى جملة الدين، إلا أن يشترط

قوله: يحتمل، يعني والله أعلم يجوز بدليل قوله ولولا ذلك لم يجز.

قوله: ما ليس له، أي ما لا يحل له شرعاً وإلا فأصل الشرط إنما يكون فيما لا يدرك إلا باشتراط كما هو ظاهر والله أعلم.

قوله: ولو لم يشترط ذلك، أي بقاءه الخ حقه بل كونه رهناً في الجملة كما بيّنه رحمه الله.

قوله: إلى جملة الدين، يعني والجملة تنعدم بانعدام جزء منها والله أعلم.

---

(١) تقدم ذكره.

المرتهن أن الرهن في يده إلى آخر حقه ، وهذا القول عليه العمل عند أصحابنا، والإجماع يعضده، لأنهم أجمعوا أن الرهن يباع في جملة الدين، ولم يجمعوا أن يباع في بعضه والله أعلم .

والفائدة في جواز اشتراط المرتهن أن لا يكون للراهن بقية أو زيادة في الرهن إلا في الذهب والفضة ، يدلُّ أن الدَّين يتوجه أن يتعلق بجملة الرهن ويتوجه أن يتعلق بمقداره من الرهن ،فإذا تعلق بجملة الرهن جاز أن يباع في الدَّين كله ، ولو كان الدين أقل من الرهن ، وإذا تعلق بمقداره من الرهن لم يجز للمرتهن أن يبيع من الرهن إلا بمقدار دينه ، إلا إذا اشترط ذلك، وهذا القول عليهالعمل عند أصحابنا،ويعضده الإجماع

قوله : وهذا القول، لعل المراد وهذا الاحتمال لأنه لم يصرح بأن في المسألتين قولين والله أعلم .

قوله : ولم يجمعوا أن يباع في بعضه، يعني فلا يباع في البعض إلا في الاشتراط .

قوله : يدل، لعله تدل بالتاء الفوقية ، لكن المحدث عنه جواز الاشتراط، فلو قال مثلاً : وجواز اشتراط إلى آخره لكان أظهر .

قوله : يتوجه، أي يحتمل .

قوله : جاز أن يباع كله، يعني ولو من غير اشتراط .

قوله : إلا إذا اشترط ذلك، أي تعلقه بجملة الرهن .

قوله : وهذا القول، لعل المراد أيضاً وهذا الاحتمال .

أيضاً كالمسألة الأولى، ومع هذا الشرط أيضاً لا ينبغي للمرتهن أن يعتمد ضرر الراهن إلا إذا عسر عليه بيع البعض والله أعلم .

والفائدة أيضاً في اشتراط المرتهن على الراهن إن باع الرهن فله ، وإن أمر من يبيعه فله ، لأنه لو لم يشترط ذلك لما جاز له أن يأمر من يبيع الرهن ، فإذا أمر من يبيعه انفسخ من يده لأنه فعل بغير ما أمر به، أصله الوكالة لا يوكل الوكيل وكيلاً غيره على فعل ما وكّل عليه بغير إذن الموكل ، فإذا فعل بغير إذنه خرج من حد الوكالة وصار فعله غير جائز. والفائدة أيضاً في اشتر ط المرتهن على الراهن إن لزمني فله ، وإن لزم الراهن فله، يدلُّ على جواز ذلك ، على أن الرهن يحتمل أن يكون براءة

قوله : كالمسألة الأولى، فيقال ها هنا أجمعوا على أنه يباع من الرهن بمقدار الدين ولم يجمعوا على أنه يباع كله، يعني وإذا كان الامر كذلك فلا يباع كله إلا باشتراط .

قوله : إن باع الرهن الخ، صوابه أن يقول الراهن على قياس ما تقدم .

قوله : لأنه لو لم يشترط ، الأوْلى ترك الام لكون ان مع صلتها هي الخبر في قوله والفائدة .

قوله : فعل بغير ، الظاهر أن الباء زائدة في المفعوله على حدّ ﴿ ولا تلقوا بأيديكم ﴾.

قوله : إن لزمني فله الخ ، أي يقول الراهن ذلك .

قوله : يدل على جواز ذلك الخ، هذا هو الخبر وليس فيه رابطاً فليراجع ،

الراهن، ويحتمل أن لا يكون براءة له ، فإذا لم يكن براءة جاز للمرتهن أن يطالب بدينه أيهما أراد الراهن أو الرهن ، فيكون الرهن بيد المرتهن ثقة بحقه كالضامن بالحق ، فالحق يتعلق بالضامن والمضمون عنه ، فذهاب أحدهما لا يبطل الحق ، وعلى القول الأول إذا ذهب الرهن ذهب الدين بذهابه ، ويعضد ذلك قوله عليه السلام : (الرهن بما فيه)[1] ، ويكون براءة الراهن من الدين إلا إذا اشترط المرتهن أن يطالب أيهما أراد الرهن أو الراهن ، فإذا لم يشترط ذلك ، فإذا لزم الراهن دينه انفسخ الرهن ،

لكن إذا ظهرت المعاني فلا مشاحة في الألفاظ، والمناسب أن يقول مثلاً: والفائدة في اشتراط المرتهن أنه لو لم يشترط ذلك لكان الرهن براءة للراهن وذلك لانه يحتمل الخ والله أعلم .

قوله : أيهما، هو بالضم لكونها موصولة ، وصدر الصلة محذوف ، وقوله الراهن والمرتهن بالنصب بدل من أي لكونها مفعول به .

قوله : وعلى القول الاول، أي على الوجه الاول إذا تأملت وجدت في المسألة قولاً واحداً فيه تفصيل وهو أنه إذا أطلق في الرهن كان براءة ويذهب الدين بذهابه ، وإذا اشترط لزوم من شاء منهما لم يكن براءة له ولا يذهب الدين بذهابه ، إلا أن ظاهر الحديث أنه يذهب بما فيه مطلقاً ، ولكن المصنف رحمه الله ثقة في التقييد، ولعل الرهن عند الشرط بمنزلة الامانة كله والله أعلم فليحرر.

قوله : فإذا لزم الراهن الخ، انظر هل أراد باللزوم مطلق الطلب أو أراد به المضايقة والظاهر الاول والله أعلم فليحرر .

---

(١) تقدم ذكره .

ويكون لزوم المرتهن الراهن براءة من الرهن إلا مع الشرط الذي ذكرنا ، وهذا القول عليه العمل عند أصحابنا .

وفي الأثر : ولا ينصب الحاكم الخصومة في الدَّين الذي وضع فيه الرهن ، وكذلك الضمين لا يجوز في الذي وضع فيه الرهن ، لأن الرهن بمنزلة البراءة من الدين والله أعلم . والفائدة في اشتراط المرتهن ليس عليه شيء مما تصيبه الآفات من ذلك الرهن ، فإذا لم يشترط ذلك ذهب دينه بذهاب الرهن إلا على قول من جعل الرهن للمرتهن ثقة لحقه ، وسيأتي

قوله : ولا ينصب الحاكم الخصومة ، أي إذا لم يشترط لزوم من شاء منهما لأن الرهن براءة من الدين ، فأما إذا اشترط ذلك فالظاهر أنه ينصبها بينهما ليخاص له حقه لأنه له مطالبته والله أعلم .

قوله : الذي وضع فيه الرهن الخ ، ينظر ما الحكم إذا وقع في عقدة أو تأخر الرهن عن الضامن ، وظاهر التعليل يقتضي بطلان الضمان مطلقاً ، والظاهر أن هذا إذا لم يشترط عدم البراءة والله أعلم فليحرر .

قوله : فإذا لم يشترط ، الاولى بل الصواب أن يقول أنه إذا لم يشترط الخ ليصح كونه خبراً للمبتدأ كما هو ظاهر .

قوله : ثقة لحقه ، يعني فيكون كله بمنزلة الامانة وليس براءة للراهن من الدين حينئذ لأنه صار كالضامن فلا يذهب الحق بذهابه كما لا يذهب بموت الضامن ولو لم يشترط ذلك على هذا القول والله أعلم .

بيـــان هذا إن شاء الله ، وإن كان في شروطهما رهن يباع على الأجل ولم يذكرا بعد الأجل فذلك جائز ويبيعه على الأجل كما شرطا ، وإن فاته بيعه عند الأجل فلا يجوز بيعه بعد الأجل ، ويكون ذلك عنده رهناً على حاله ولا يجد إلى بيعه سبيلاً ، وإذا مات الراهن والمرتهن جميعاً جازلورثة المرتهن بيعه، وذلك فيما يوجبه النظر ، أن قول الراهن: رهنتك هذا الشيء ، يقتضي حبسه بيد المرتهن وبغير حبسه بيد غيره وهم الورثة ، وكذلك إذا رهن له في الدين العاجل رهناً يباع متى شاء إلى أجل كذا وكذا ، فإنه يكون رهناً يباع إلى ذلك الأجـــل ، فإذا وصل إلى ذلك

قوله : رهناً يباع، هو بالنصب على الحكاية أي في شرطهما هذا اللفظ وفي بعض النسخ رهن بالرهن .

قوله : وإذا مات الراهن والمرتهن الخ ، يحتمل أن المراد والحالة هذه وهي كون المرتهن لا يجد إلى بيعه سبيلا وهوالمتبادر، ويحتمل الإطلاق وهو أن الحكم كذلك في كل رهن مات فيه الراهن والمرتهن إلا أنه في بعض الصور يحتاج أن يتمشى على القول بأن الدين يحل بموت المدين والله أعلم فليحرر ، ثم رأيت في كلامه رحمه الله فيما سيأتي ما يعين الاحتمال الاول والله أعلم .

قوله : وغير حبسه بيد غيره، هذه العلة تقتضي أن الورثة يبيعونه إذا مات المرتهن وإن لم يمت الراهن،وهذا إنما يظهرإذا حلّ أجل الدين، وأما قبله فلا لأن الدين لا يحل بموت صاحبه ، وأما إذا مات الراهن فقط قبل حلول الاجل فالظاهر أنه يبيعه المرتهن عند من يقول يحل الدين بموت المدين والله أعلم .

الأجل ولم يبعه ، فلا يبيعه بعد ذلك لأن الأجل هو غاية بيعه، ويكون رهناً سخرياً بعد الأجل والله أعلم . وأما إن رهنه له إلى أجل كذا ، فإنه يكون رهناً بيده ولا يباع إلى ذلك لأجل ، فإذا وصل الأجل انفسخ ؛ وفي الأثر : ويكون الرهن يعني سخرياً بعدما كان مؤجلاً باتفاق الراهن والمرتهن ، وكذلك يكون مؤجلاً بعدما كان سخرياً على هذا الحال ،

قوله : ويكون رهناً سخرياً بعد الاجل ، أنظر هل يبيعه الورثة والحالة هذه إذا مات الراهن والمرتهن وهو الظاهر بدليل ما سيأتي .

قوله : سخرياً ، الظاهر ان هذه التسمية إصطلاحية ، فإنه لم يذكر في الصحاح ما يناسبه هذا والله أعلم .

قوله : إلى اجل كذا، يعني ولم يقل يباع .

قوله : يعني سخرياً، فالظاهر انه من الاثر، والأولى إسقاط يعني لأنه لا فائدة له ، ويحتمل انه من الشيخ رحمه الله، لكن يكون الأثر في حد ذاته من غير ذكر سخرياً غير صحيح لحذفه خبر كان ، والظاهر ان يعني تفسير للضمير المستتر في يكون ، وهو تفسير من المصنف للمحدث عنه في الاثر وهو الرهن ، وأصل النسخة الصحيحة ويكون يعني الرهن سخرياً الخ . والله اعلم فليراجع ، ثم رأيت في نسخة بخط عمنا يونس بن تعاريت رحمه الله مقدّم مؤخر فيصير التركيب يعني الرهن سخرياً .

قوله : بعدما كان سخرياً ، ظاهره ولو كانت سخرية مسبوقة بالأجل والله أعلم .

قوله : على هذا الحال ، يعني باتفاقهما .

وكذلك شروطه كلها يثبتونها بعد أن لم تكن، ويزيدونها بعد ثبوتهـــا باتفاقهما جميعاً ولا يكون بفعل أحدهما دون الآخر سواء في هذا الراهن والمرتهن إذا وليا ذلك بأنفسهما أو وكلائهما، ويزيلون الشروط بعد إذ كانت ويثبتونها بعد إذ لم تكن بمنزلة الراهن والمرتهن ، والأصل في هذا قوله عليه السلام : (المؤمنون على شروطهم)[1] ، فما جاز من الشروط عند العقد جاز بعده والله أعلم .

والرهن السخري الذي لم يشترط الراهن والمرتهن في عقدة رهنه بيعه عند الأجل ولا بعده ، إذا ماتا جميعاً جاز لورثة المرتهن بيعـــه ،

قوله : ولا يكون بفعل أحدهما الخ ، هذا ظاهر بالنظر لإثبات الشروط وإزالتها ، وأما السخرية فإنها قد ثبتت بفعل المرتهن فقط كما هو معلوم .

قوله : والرهن السخري الذي لم يشترط الخ . كأن المراد به السخري ابتداء فلا ينافي ما تقدم من أنه يكون سخرياً بعد ذلك، وحكمه كحكمه والله أعلم ، إلا أن ذلك لم يحك فيه إلا قولاً واحداً وهو أن بيع الورثة موقوف على موتهما معاً ، ولعله اقتصر عليه لرجحانه مثلاً لا لاختلاف الحكم بينهما والله أعلم . ثم قوله الذي لم يشترط الخ . يحتمل أن يكون خبراً للمبتدأ الذي هو الرهـــن ، ويحتمل أن يكون صفة للسخرية والخبر قوله إذا ماتا جميعاً . الخ . والرابط هو الضمير في قوله بيعه إذا كانت النسخة من غير فـاء ولا واو ، وقيـل إذا كما هو فيما رأيناه من النسخ والله أعلم فليراجع .

---

(١) تقدم ذكره .

ومنهم من يقول: يجوز بيعه إذا مات أحدهما ، وكذلك أيضاً النسل الذي حدث بعد الرهن في الحيوان حكمه كحكم الرهن السخري عندهم في الوجوه التي ذكرناها . وفي الأثر : وإذا كان الدين عاجلاً وأراد الراهن أن يرهن فيه الرهن للمرتهن ، فإنه يرهنه له رهناً يباع متى شاء المرتهن باعه ، وإن وقَّت له وقتاً يبيعه فيه فلا يجوز ذلك الرهن ، وذلك فيما يوجبه النظر ، لأن الدين عاجل والرهن تبع للدين، فكما لا يستأخر الدين كذلك لا يستأخر الرهن لأن تأخيره يؤدي الى جواز تأخير الدين،وقيل

قوله : النسل الذي حدث بعد الرهن، أي سواء كان الرهن سخرياً أو غير سخري فإنه يكون موقوفاً ، وأما ألبانها وأصوافها وغلة الأشجار وثمارها فحكمها حكم الرهن مطلقاً، يعني فهي تابعة لأصلها كما سيأتي قريباً والله أعلم .

قوله : الذي حدث بعد الرهن ، أي وانفصل ، وأما إن لم ينفصل فتابع للرهن ، وكذلك إذا وجد حال الرهن فإنه تابع ولو انفصل والله أعلم .

قوله : يبيعه فيه ، يعني ولا يبيعه قبله ، والحاصل أنه يمتنع التأجيل بالنظر إلى ابتداء البيع ولا يمتنع بالنظر إلى انتهائه كما تقدم في قوله متى شاء إلى أجل كذا .

قوله : فكما لا يستأخر الدين الخ . يؤخذ منه أن القرض لا يؤجل بل يأخذه صاحبه متى شاء ولو اتفقا على الأجل ، وإليه ذهب مالك فيما أظن والله أعلم .

قوله: وقيل أيضاً بجوازه الخ ، لكن ينظر هل جواز تأخير الرهن على هذا

أيضاً بجوازه، والمؤمنون على شروطهم ، وأما إذا أراد الذي عليه الدَّين العاجل أن يعطي عليه ضميناً فاشترط الضمين أن لا يحل عليه الدين الذي ضمنه إلى أجل كذا وكذا ، فذلك جائز، ولا يدرك عليه رب المال حتى يحل عليه ذلك الأجل الذي ضمن عليه ، وذلك فيما يوجبه النظر ، لأن الضمين لا يلزمه من الضمانات إلا ما لزم نفسه منها ، فإذا التزمه في وقت ما ، لزمه كما اشترط على نفسه ، ولأن تأخير الضمانات لا توجب تأخير الدين من حيث يجوز لصاحب الدين لزوم أيهما أراد الضامن أو المضمون

القول يؤدي إلى تأخير الدين أولا يلزم من تأخير الرهن تأخير الدين وهو الظاهر من قوله : (والمؤمنون على شروطهم) لأن الشرط إنما هو في تأخير الرهن فقط فيجوز للمرتهن حينئذ مطالبة المدين ابتداء وأخذ حقه منه والصبر إلى أن يحل أجل الرهن فيبيعه ويأخذ حقه منه ، إلا أن قوله فيما تقدم : ولا ينصب الحاكم الخصومة في الدين الذي فيه الرهن ، يقتضي أنه إذا تأجل الرهن تأجل الدين لأنه ربما احتاج إلى الخصومة ، اللهم إلا أن يقال : لا ينصب الخصومة إذا كان الدين مؤجلا كالرهن ، أو كان براءة للمدين والله أعلم فليحرر .

قوله : فإذا لزمه ، لعله فإذا التزمه أو لزمها فليراجع .

قوله : في وقت ما، اي يشرط تعينه في الخارج لأن الأجل لا يكون بينهما.

قوله : لزوم ايهما اراد الخ . يعني بخلاف الرهن فإن أصل وضعه انه براءة من الدين وليس له لزومهما معاً إلا بالشرط ، فحصل الفرق بين الرهن والضامن والله اعلم .

عنه والله أعلم . وفي الأثر : وإذا قال الراهن: رهنت لك هذا الشيء كما رهن فلان لفلان رهنه ، وفلان الذي سماه قد اشترط في رهنه شروطاً ، فإن الرهن جائز ، ولا يجوز له من الشروط شيء ، ومنهم من يقول : الرهن جائز مع شروطه ، فإن جعل له أجلاً ، فإنه يبيع ، وإن لم يذكر الأجل، فقد صار رهنا سخرياً، والقول الأول أصح لجهالة ذلك والله أعلم. ويجوز رهن الحيوان وبيعها وهبتها وإصداقها والوصية بهذا دون ما في بطونها ، إذا استثناه الراهن، لأن الحمل غير الأم ، فجاز استثناء الراهن، واختلفوا بعتق الأم دون الحمل ، قال بعضهم : جائز كالبيع ، وقال البعض الآخر : عتق أمه عتقه ، استثناه أو لم يستثنه ، كما أن ذكاة

قوله : ومنهم من يقول الرهن جائز مع شروطه، اقول لقائل أن يقول يدل على صحة هذا القول ما ذكروه من جواز نية التفويض في الحج وهو أن يقول الرجل عند الإحرام: أحرمت على ما أحرم عليه صاحبي مع الجهل بما أحرم عليه صاحبه والله أعلم ، اللهم إلا أن يفرق بين العبادات والمعاملات فليحرر .

قوله : أصح لجهالة ذلك، المناسب لظاهر التعليل أن يقول والقول الأول هو الصحيح، يعني فيكون سخرياً حيث بطلت الشروط.

قوله : إذا استثناه الراهن، يعني والبائع والواهب الخ . وظاهر كلامه هذا أنه يجوز ذلك قولاً واحداً، ولعله هو المختار عنده وإلا فقد ذكر فيه فيما تقدم قولين من غير ترجيح والله أعلم .

قوله : كما أن ذكاة أمه ذكاته الخ، هذه العلة تقتضي أن الحكم الجاري على

أمه ذكاته إذا كان مما يذكى والله أعلم . ولا يجوز في شروط الرهن أن يجعلاه رهناً يباع قبل الأجل ، كما لا يجوز أن يأخذ دينه قبل الأجل ، ولا يجوز أيضاً في شروط الرهن أن يجعلا في شروطهما ، أن يكون للمرتهن أكل الغلات التي تكون في الرهن ، وسكنى الدور والبيوت وركوب الدواب ، واستعمالها في منافعه ، وشرب ألبانها ، والانتفاع بشيء من أداة الرهن ، ولا يجوز في الرهن شيء من هذه الشروط ، لأن هذه الشروط تؤول إلى الربا ، لأخذ المرتهن أكثر من حقه ، وإن كان في

الأم يجري على حملها مطلقاً لا فرق بين العتق وغيره فالأولى والله أعلم في الفرق بين العتق وغيره أن يقال لأن الشارع متشوّق للحرية ألا ترى أن أفعال المريض من البيع وغيره غير جائزة على الصحيح إلا في العتق فإنه جائز باتفاق والله أعلم .

قوله : أكل الغلات الخ ، قال شيخنا رحمه الله ، خلافاً لمذهب مالك : وعبارة خليل مع الشارح : وجائز للمرتهن شرط منفعته ، أي الرهن لنفسه مدة بشرطين : الأول إن عينت تلك المدة للخروج من الجهالة ، والثاني: كون الرهن في عقد بيع لا في قرض ، وبيان هذا التفصيل أنه في البيع ، تكون تلك المنفعة المشروطة جزءاً من الثمن ، والثمن يجوز أن يكون منفعة مع شيء ، ولا يجوز ذلك في القرض ، واحترز بقوله في بيع عما لو أباحها له بعد ذلك ، فلا يصح في بيع ولا قرض ، لأنه بغير عوض هدية مدين وبه بيع مدين ، لكن ما ذهب إليه أصحابنا رحمهم الله ، هو الحق على تقدير كونه جزءاً من الثمن ، تدخله الجهالة والمخاطرة كما يظهر بأدنى تأمل والله أعلم، انتهى.

شروطهما أن يكون جميع ما ذكرنا من المنافع في الرهن جاز ذلك ، وكذلك أيضاً لا يجوز من الشروط إذا تراضيا ، على أن دين المرتهن في الرهن فما زاد منه على حقه فهو له ، وما نقص فلا يتبع فيه الراهن ، لأن هذا نوع من المخاطرة ، وأكل الأموال بغير حق ، وهو معنى قوله عليه السلام : (لا يغلق الرهن)[1] ، وذلك أن أحدهم كان يرهن الرهن ويشترط إلى وقت كذا وكذا ، فإن لم آتيك فهو لك بحقك ، فأبطل ذلك النبي عليه السلام، وقال: (لا يغلق الرهن)، أي لا يبطل ملك صاحبه عنه بهذا الشرط ، ولا يزول حقه عنه في الفكاك ، وهذا مثل شرطين في بيع،

قوله : جاز ذلك ، الظاهر أن هذا لا ينافي ما تقدم ، أن من شروط الرهن أن يكون معيناً مقبوضاً ، لأنه في أصله كذلك ، وهذه الأمور تابعة ، ويغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع ، والله أعلم .

قوله : وكذلك أيضاً لا يجوز من الشروط إذا تراضيا الخ ، يعني فيكون الرهن باطلاً أيضاً كما صرح به في قوله بعد وكذلك الرهن .

قوله : لا يغلق الرهن الخ ، قال في الصحاح : غلق الرهن غلقاً أي استحقه المرتهن ، وذلك إذا لم يتفكك في الوقت المشروط ، وفي الحديث (لا يغلق الرهن) الخ .

قوله : في الفكاك ، قال في الصحاح : وفك الرهن وافتككه بمعنى خلصه ، وفكاك الرهن بالكسر حكاها الكسائي الخ .

قوله : مثل شرطين في بيع ، هذا بالنظر إلى قوله ، فما زاد منه على حقه

---

(١) رواه الشافعي والدارقطني .

أو شرط وبيع ، والشرط لا يوجبه ، ووجه آخر إذا ملكه إياه في وقت كان على وجه البيع كنحو قوله : إذا دخلت الدار فهو لك بحقك ، وإذا أمطرت السماء ، فهو لك بكذا وكذا من الثمن ، ويقول له : إذا كان رأس الشهر فقد بعتك بكذا وكذا من الثمن ، فالبيع متى وقع على هذا ونحوه من الشروط لم يجز ، وكذلك الرهن والله أعلم . فإن قال قائل : أرأيت إن لم يشترط الراهن والمرتهن أن تكون هذه المنافع في الرهن فلمن تكون؟أتكون للراهن أو هي تابعة للرهن؟أو يجوز اشتراط الراهن لها ؟ قيل له : ـ والله أعلم ـ اختلف العلماء في ذلك، ففي الأثر : واختلفوا

الخ ، فإنه يقتضي البيع مع شرط عدم أخذ الزائد ، وشرط عدم دفع الناقص .

قوله : أو شرط وبيع ، هذا بالنظر إلى أصل ما ورد فيه الحديث ، فإن قوله : ويشترط إلى وقت كذا شرط .

قوله : فهو لك بحقك ، بيع صوري .

قوله : والشرط لا يوجبه ، أي لا يصححه لكون البيع ، معلقاً عليه ، وفيه أيضاً إشارة إلى أن الشروط ليست كلها ممنوعة مع البيع والله أعلم ، فليحرر .

في غلات الرهن ونمائه ، قال بعضهم : هي معقولة مع الرهن ، لا يذهب المال لذهابها ، ومنهم من يقول : هي مثل الرهن في جميع الوجوه ، في البيع والذهاب والتقاضي ، ولا يبيع العين المرهونة في هذا الوجه ما وجد وفاء ماله في الغلات ، وإنما النماء والشيء المرهون سواء ، ومنهم من يقول في النماء والغلات هي لصاحبها ، لم تدخل في الرهن ، ولا يمنعه المرتهن . وعمدة من جعل الغلات والنماء مع الرهن ، أن الفروع تابعة

قوله : في غلات الرهن ونمائه ، أما الاختلاف في العلة فظاهر ، وأما النماء فلعل المراد به ما ينفصل ، وأما ما لا ينفصل ، فالظاهر أنه من الرهن قولاً واحداً ، ويشعر بذلك كلام المصنف رحمه الله عند النظر والله أعلم .

قوله : معقولة مع الرهن ، يعني وليست منه فلا تباع ببيعه ، لأنها حينئذ رهن سخري والله أعلم .

قوله : والتقاضي ، أي بأن يقضيها له في حقه عند الأجل مثلاً ، لأن من له عند رجل دنانير أو دراهم يتعرض بها ما شاء ، وأما حقيقة التقاضي فغير متأتية هنا ، لأن المتقاضي يقتضي الإتحاد ، والرهن يقتضي الاختلاف والله أعلم .

قوله : سواء ، لعله فسواء .

قوله : وعمدة من جعل الغلات والنماء مع الرهن أن الفرع الخ ، هكذا فيما رأيناه من النسخ ، وفيه تأمل من وجهين : أحدهما أن التعليل المذكور يقتضي أن يقول مثل الرهن ، والثاني أنه ترك عمدة القول الثاني إذا كانت النسخة مع الرهن فليراجع .

للأصول فوجب لها حكم الأصل . وعمدة الفريق الآخر أن مادة الرهن لربه ونفقته عليه استدلال بقوله عليه السلام: (لا يغلق الرهن)، لصاحبه غنمه وعليه غرمه ، أي لصاحبه غلة الرهن وخراجه وعليه غرامة الدين أي افتكاكه عليه ومصيبته منه ، وعلى مذهب الآخرين معنى الحديث ،

قوله : أن مادة الرهن ، أي ما يمتد ويخرج منه ، وهي الغلة والنماء ، ويكون ذلك في نظير ما يلزمه من النفقة ، وهذا هو القول الثالث ، لكن فيه مصادرة على المطلوب ، وهو التعليل بصورة المسألة ، أو جعلها جزءاً من العلة ، وما هنا منه أن جعل قوله : ان مادة الرهن هو الخبر ، ولم يجعل متعلقاً بقوله : وعمدة ، والأصل في أن حذف لأن حرف الجار مع أن مطرد ، والخبر هو . قوله : استدلالاً ، لكن الواجب أن يقول : الاستدلال والله أعلم فليحرر .

قوله : ومصيبته منه ، لعل هذا تأويل من يقول : ان الرهن ثقة لمال المرتهن ، وليس براءة من الدين ، يعني أنه بمنزلة الأمانة ، لكن هذا التأويل ينافي ظاهر قوله عليه السلام : (الرهن بما فيه) إلا أن يحمل على ما إذا اشترط المرتهن ذلك ، ويراد بالمصيبة الجناية في الحيوان مثلاً ، أو يراد النفقة أو نحو ذلك والله أعلم ، فليحرر .

قوله : وعلى مذهب الآخرين ، أي وهم القائلون بأنه معقولة مع الرهن ، أو هي مثله ، والمراد بزيادته ونقصانه بالنظر إلى قدر الدين إذا بيع مثلاً ، والله أعلم .

أي لصاحبه زيادته وعليه نقصانه ، والذي يوجبه النظر ، أن تفضيل غلة الرهن ونماه ، لا تخلو أن تكون متصلة أو منفصلة ، فالمتصلة حكمها حكم الرهن مثل نماء الأشجار والحيوان والغلات وهي زيادة الشيء في ذاته وكذلك ما حدث في الرهن من الغلات إذا كانت غير مدركة في وقت البيع والحمل أيضاً كذلك . وأما المنفصلة فلا تخلو أن تكون من الشيء المرهون أو لا تكون منه ، فإذا كانت منه فلا تخلو أن تكون

قوله : والذي يوجبه النظر الخ ، مراده رحمه الله بهذا النظر ، معارضتهم في إطلاقهم الاختلاف في الغلة والنماء والله أعلم .

قوله : والغلة ، الظاهر أنه معطوف على الأشجار ، فيكون النماء مسلطاً عليها بدليل قوله : وهو زيادة الشيء في ذاته والله أعلم فليحرر .

قوله : في وقت البيع ، أي بيع الرهن ، يعني وأما إذا حدثت في الرهن وأدركت قبل وقت البيع ، فمفهومه أنه لا يكون حكمها حكم الرهن ، وليس كذلك بدليل قوله بعد : مثل غلات الأشجار، اللهم إلا أن يقال المراد بكونها، ليس حكمها حكم الرهن ، إنها لا تباع معه لأنها صارت سلعة مستقلة ، فلا ينافي كونها منه والله أعلم . والأولى أن يقول : وكذلك ما وجد في الرهن من الغلات ، إذا كانت غير مدركة في وقت الرهن ، لا تكون من الرهن ، لأنها حينئذ صارت سلعة مستقلة ، ويحتاج إلى استثنائها كما تقدم والله أعلم ، فليراجع ، وليحرر .

قوله : من الشيء المرهون ، في الموضعين ، والظاهر أنه خبر كانت وليس صلة للمنفصلة والواو في واصلها للحال ، والمعنى فإذا كانت الغلة المنفصلة كائنة من الشيء والحال أن أصله منه الخ ، ويحتمل أن تكون اعتراضية والله أعلم .

أصلها من خارج أو أصلها منه، فإذا كانت الغلة المنفصلة من الشيء المرهون وأصلها منه فحكمها حكم الرهن مثل غلات الأشجار وثمارها وألبان الحيوان وأصوافها، وإذا كانت الزيادة المنفصلة من الشيء المرهون وأصلها من خارج فهي معقولة مع الرهن لأنها منه، ولا تباع معه لأن أصلها من خارج، وذلك مثل نسل الحيوان الحادث في الرهن.

وأما الغروس والنقض الحادث في الأرض المرهونة إذا كان أصلها من خارج، فهو لمن أدخله ولا يكون مع الرهن، لأن أصله معين أنه من خارج، فإذا كانت الزيادة في الرهن ليست منه، مثل كراء الدور

قوله: ولا تباع معه، أي لأنها كالرهن السخري عندهم.

قوله: والنقض، الظاهر أنه أراد به ما يشمل البنيان والله أعلم.

قوله: فهو لمن أدخله الخ، التذكير باعتبار المذكور، وظاهره أنه لا ينفسخ الرهن بذلك، ولو كان المدخل له هو المرتهن، ولعله ماش على القول بأن الرهن لا ينفسخ باستنفاع المرتهن، وسيأتي بيان ذلك، وانظر كيف يكون ذلك له، والظاهر أنه يأتي فيه التفصيل المتقدم في باب أحكام البيوع الفاسدة، من أنه تارة يكون الفساد في الأرض والفردوس معاً، وتارة لا يكون فيهما معاً، وتارة يكون في أحد فقط، وقد تقدم ذلك فليراجع. وظاهره أن ذلك للمرتهن قولاً واحداً، ولا يجعل بمنزلة الغاصب فيجري فيه الخلاف: هل له الفردوس أو لا؟ والله أعلم.

والحوانيت وخراج العبيد والدواب ، ففيه ما فيه ، وقد اشترطنا زوال القبض من يد المرتهن بحق سبب لفساد الرهن ، غير أن هذا الحق فيه منفعة للمرتهن .

وفي بعض الآثار: وإذا ارتهن الرجل داراً ثم واجرها بإذن الراهن فإن ابن عبد العزيز يقول : خرجت الدار من الرهن ، وكان الربيع يقول : هي رهن على حالها ، والغلة قضاء من حقه والله أعلم . واشتراط الراهن الغلة على هذا المعنى جائز ، وأما إن اشترط سكنى الدور

قوله : ففيه ما فيه وقد اشترطنا الخ . يعني أن في جواز كراء الدور الخ ، مع بقاء الرهن على حاله نظر ، لأن ذلك يؤدي إلى زوال الرهن من يد المرتهن بحق ، وهو الإيجار مثلاً ، إلا أن المكتري هو المتصرف ، وزواله من يده بحق يفسده ، فيقتضي عدم جواز الإيجار مثلاً ، كما يقول ابن عبد العزيز: إلا أن ذلك الإيجار فيه منفعة للمرتهن ، حيث كان يقتضي منه حقه عند الأجل يقتضي الجواز ، فكأن يده لم تزل عنه ، كما يقول الربيع رحمه الله ، يعني فيكون ذلك بمنزلة غلة الأشجار ، عند من يقول هي مثل الرهن ، وظاهر كلامه ، أن من أجاز الكراء هنا يكون من الرهن قولاً واحداً ، والله أعلم ، فليحرر .

قوله : ثم واجرها ، هكذا فيما رأيناه من النسخ وهو من اصطلاح العامة ، قال في الصحاح : واجرته الدار أكتريتها ، والعامة تقول : واجرته .

قوله : قضاء من حقه ، يعني عند الأجل ، فلا ينافي ما تقدم من أنه لا يجوز أخذ الدين قبل الأجل والله أعلم .

قوله : على هذا المعنى ، يعني وهو القول بالجواز مع صحة الرهن ، ويحتمل

والبيوت وخراج العبيد والدواب، أعني يستنفع بها بنفسه لنفسه ، فذلك لا يجوز ، لأن هذا مما يخرج الرهن من معنى القبض ، إلا أن أخذ ذلك كله بالكراء ، فهو وغيره سواء على مذهب من جوّز ذلك .

وفي الأثر وإن استأجر الخليفة ذلك الرهن من المرتهن فهل يجوز ذلك أم لا ؟ قال : نعم ، وإن أتلف في يد الخليفة فهو من مال المرتهن ، وكذلك الرهن كله ، ولو كان لغير اليتيم لجاز للراهن أن يكريه من المرتهن وإن أتلف على هذا الحال فقد ذهب بما فيه والله أعلم .

أن يكون جواباً لما وقع في السؤال عند قوله : أو يجوز اشتراط الراهن لهـا ، يعني أنه إذا قيل بذلك مع عدم الإشتراط ، فمع الإشتراط جائز من باب أولى والله أعلم .

قوله : إلا إن أخذ ذلك كله بالكراء الخ ، ينظر مـا إذا أعاده له ، هـل ينفسخ أو لا ؟ وظاهر التسوية بين الراهن وغيره في الكراء يقتضي الفسخ ، لأن العارية للغير لا تجوز ، لأنه ليس له ذلك والله أعلم .
وعند الشافعي يجوز ذلك .

قوله : وفي الأثر : وإن استأجر الخ ، فساقه للإستدلال على الجواز .
قوله : لجاز للراهن ، لعله يجوز للراهن فليراجع .

فصـــل :

ويجوز للراهن والمرتهن إذا اتفقا على أن يجعلا بينهما رجلاً عدلاً يكون الرهن بيده كما يكون رهنا بيد المرتهن، ويكون له من الشروط مثل ما يكون للمرتهن مثل أن يكون رهناً بيده إلى آخر حقه ، وليس له زيادة إلا في الذهب والفضة ، ولزومه ولزوم الرهن وبيعه هو بنفسه ، وأمره لمن يبيعه وما أشبه ذلك من شروط الرهن ، ويجوز أن يجعلاه في يد أمين أو غيره ، إذا تراضيا على ذلك، سواء كان مسلماً أو مشركاً ، أو قريباً منهما أو من أحدهما ، أو أجنبياً حراً أو عبداً لهما أو لغيرهما بإذن مولاه ، إلا أن يكون الرهن عبداً وأمة ، أو مصحفاً ، فلا يسلطان عليه أهل الكتاب ، وإن فعلا فلا بأس ، والمسلم أحق بهذا كله ، وأصل

فصل :

قوله : إذا اتفقا ، لعله أن يتفقا ليكون فاعلاً لقوله : ويجوز لأنه لم يذكر له فاعلاً ، فليراجع .

قوله : إلى آخر حقه ، أي المرتهن ، والأولى التصريح به ، لما يلزم في عدمه تفكيك الضمائر والله أعلم .

قوله : في يد أمين أو غيره الخ ، إنما نص على هذا لئلا يتوهم من قوله فيما تقدم رجلا عدلا الاحتراز عن غيره .

قوله : فلا بأس ، يعني لأنه لم يزل ملك الراهن عن الرهن ففارق البيع ، لكن في جواز ذلك في المصحف نظر كما هو ظاهر والله أعلم .

هذا الوكالة كل من تصح فيه الوكالة يجوز لهما أن يسلطاه ، ويدل على ذلك أنه إذا اتفق الراهن والمرتهن على المسلط فنزعاه من التسلط ، فقد زال ولا يزول بأحدهما دون صاحبه ، وكذلك إن جمعهما فتبرأ من التسليط ودفع الرهن إليهما فقد برىء منهما، وإن تبرأ الى أحدهما ودفع إليه الرهن وحده فلا يبرئه ذلك ، وهو ضامن لما هلك من حق كل واحد

قوله : دون صاحبه الخ ، قال شيخنا رحمه الله : خلافاً للشافعية فإنهم قالوا : إذا عزله الراهن انعزل ، وإذا عزله المرتهن فلا ينعزل ، في الأصح قالوا: لأنه وكيل للراهن ، وإذن المرتهن شرط فيه ، وما قالوه غير ظاهر إذ هو بمنزلة الوكيل لهما فجعله وكيلاً لأحدهما دون الآخر تحكم والله أعلم انتهى. وأقول: بل كلام الربيع، رحمه الله، يدل على أنه وكيل الراهن فقط ، كما سيأتي ، لكن المصنف رحمه الله ، نصّ على أن العزل لا يكون إلا منهما معاً ، لأنهما جعلاه بيده معاً والله أعلم .

قوله : وهو ضامن لما هلك من حق كل واحد منهما ، يعني - والله أعلم - فإن دفع الرهن للراهن ، ضمن لصاحب الدين دينه ، إن كانت قيمة الرهن متساوية له أو زائدة عليه ، وإلا ضمن له من دينه قدر قيمة الرهن ، وإن دفع الرهن للمرتهن ضمن للراهن مثل رهنه إن كان مثلياً وقيمته إن كان مقوّماً ، وانظر هل يدرك نزع الرهن ممن دفعه له إن كان موجوداً ، أو يرجع على كلّ واحد مما دفع عنه إن كان قد هلك ، أو يعد متبرعاً، والظاهر الأول كما يؤخذ من كلام أبي زكرياء رحمه الله في باب المسلط حيث قال : وأما إن ادعى ، يعني المسلط ، أنه قد دفع الرهن إلى الراهن ، أو دفع إلى المرتهن حقه ، أو دفع الفضل من ثمن الرهن عن حق المرتهن إلى الراهن ، فعليه البينة في جميع ما

منهما بدفعان الرهن الى غيره من أجل دفعه إياه إليه .

وكذلك أيضاً على هذا المعنى ، يجوز لهما أن يسلطاه على بعض هذه الوجوه فقط ، مثل أن يوكلاه على حرزه فقط ، أو على بيعه فقط ، أو قبض الثمن إذا بيع ، حتي يدفعه إلى المرتهن فقط ، فلا يتعدى ما وكل عليه مما قيد له إلى غيره ، وليس له من غير ما قيد له فعل لم يرجع إليه شيء غير ما قيد له ، وإن ذهب الرهن على هذا المعنى في يد المسلط ، فهو من مال الراهن ، لأنه لم يكن في يد المرتهن ، وقال آخرون : هو من مال المرتهن .

وفي الأثر : وإذا ارتهن الرجل رهناً ، ووضعه على يد عدل فهلك الرهن وقيمته والدين سواء ، فإن ابن عبدالعزيز كان يقول: الرهن بما فيه،

ذكرناه ، فإن لم تكن له بينة ، فعلى المرتهن اليمين ، أنه لم يدفع إليه حقه ، أو بعضه ، إن ادعى ذلك إليه ، وعلى الراهن أيضاً اليمين ، أنه لم يدفع إليه الرهن أو بعضه ، أو الفضل من ثمنه عن حق المرتهن ، أو بعضه ، إن ادعى إليه ذلك الخ .

قوله : من أجل دفعه إياه إليه ، أي دفع المسلط الرهن إلى الغير ، يعني وهو أحدهما دون الآخر ، وفي العبارة تأمل ، فإنها عين الأولى ، فليراجع .

قوله : وقيمته والدين سواء ، الجملة حالية ومفهومه أنه لا يكون الحكم كذلك إذا تخالفا ، بل إذا زادت القيمة على الدين ، ذهبت على الراهن قولاً

وقد بطل الدين ، وكان الربيع يقول : الدين على الراهن كما هو والرهن من ماله ، لأنه لم يكن في يد المرتهن ، إنما هو موضوع على يدي عدل ، وبه يأخذ ، وإن مات الراهن وعليه دين ، والرهن على يدي عدل ، فإن ابن عبد العزيز يقول: المرتهن أحق بهذا الرهن من الغرماء، وقال الربيع : الرهن بين الغرماء والمرتهن بالحصص على قدر أموالهم ، وإن كان الرهن بيد المرتهن فهو أحق به من الغرماء، وقولهما فيه واحد ، وهذا يدل من قول الربيع : أن علة زوال الضمان عن المرتهن كون الرهن بيد غيره ، ولذلك جعل المرتهن وغرماء الراهن فيه سواء ، وعلى قول الآخرين : العدل في هذا بمقام المرتهن ، من حيث لا يجوز للراهن انتزاعه دون أمر المرتهن ، والقول الأول هو قول الربيع وعليه العمل .

واحداً ، لكونه أميناً ، وإذا زاد الدين على الرهن دفعه الراهن أيضاً، والظاهر أنه لا يجري فيه الخلاف إذا كان أنقص وهلك في يد المرتهن ، والله أعلم فليحرر .

قوله : وقد بطل الدين ، يعني حيث تساويا ، وأما لو زاد الدين فالظاهر أنه لا يبطل الزائد .

قوله : وقولهما فيه واحداً ، أي كما يقول غيرهما .

قوله : وعليه العمل ، يعني ولا يلزم من كونه لا يجوز للراهن انتزاعه أن لا يكون بمنزلته ، لأن هذه العلة تعود بالنقض على ابن عبد العزيز بالتعليل بها إذ لا يصح ، لأنه مشترك الالزام بينهما ، لكن لما جعلاه لا ينزعانه إلا معاً والله أعلم .

وكذلك أيضاً على هذا الاختلاف إن استنفع به المرتهن وهو في يد المسلط ، فعلى قول الربيع : لا ينفسخ باستنفاعه منه من حيث أنه لم يكن في يده بحق، وعلى القول الآخر ينفسخ والله أعلم. والمسلط مصدَّق في دعواه إذا ادعى تلف الرهن أو ثمنه إذا باعه ، أو الفضل الذي كان فيه عن حق المرتهن إذا باعه ، لأنه أمين لهم ، وقال بعضهم: إن اتهم في جميع هذه الوجوه التي ذكرنا ، فعليه اليمين ، ويجوز أيضاً للراهن والمرتهن أن أن يجعلا هذا الرهن في يد مسلطين فيحفظانه جميعاً، ولا يتركه كل واحد منهما لصاحبه ، ومنهم من يرخص إذا كان أميناً ، وقد ذكرنا هذا فيما تقدم، وإن باعه أحد المسلطين دون صاحبه فلا يجوز بيعه إياه ، وكذلك المرتهنان والخليفتان ، والمأموران على البيع والشراء ، والنكاح والعتاق والطلاق ، فلا يجوز كل ما فعل أحدهما في ذلك دون صاحبه، إلا أن يجيزه صاحبه أو الأمر الذي أمره أو المستخلف الذي استخلفه على ذلك

قوله : وقال بعضهم إن اتهم الخ ، يؤخذ منه الخلاف في المؤتمن ، هل يحلف أو لا؛ والمشهور الذي عليه العمل في زماننا ، أنه يحلف ويقولون: الأمين أميناً، وعليه اليمين والله أعلم .

قوله : فلا يجوز بيعه إياه ، يعني إلا أن يجيزه صاحبه بدليل ما بعده في المشبه .

قوله : أو الأمر الخ ، المراد بالأمر الجنس فيشمل المتعدد ، وكذلك المستخلف .

إذا كانت إمارتهما وخلافتهما في عقدة واحدة ، وإن أمر كل واحد منهما على حدة ، أو استخلفه على حدة ، فما فعل كل واحد منهما دون صاحبه فهو جائز في جميع الوجوه التي ذكرنا ، وإن مات الراهن والمرتهن أو أحدهما فورثة كل واحد منهما تقوم مقام مورثهم ويبيع المسلط ويدفع إلى المرتهن أو إلى ورثته حقهم ، ويدفع الفضل الى الراهن أو إلى ورثته إن مات إذا كان في الرهن، وإن مات المسلط فإنه يرجع الرهن الى الراهن أو إلى ورثته إن مات ، ولا تكون ورثة المسلط في مقامه ، لأنهم ليسوا

قوله : تقوم مقام مورثهم ، يعني ولا ينفسخ التسليط بالموت ، وانظر هل يبيعه المسلط إذا ماتا جميعاً ؟ قولاً واحداً كما إذا كان بيد المرتهن ، وإن لم يحل الأجل ، وإذا مات أحدهما ففيه الخلاف ، أولا يبيعه ، ولو ماتا جميعاً حتى يحل الأجل ، إلا على قول من قال: إن الأجل يحل بموت المدين،لأن العلة التي ذكرها لبيعه إذا ماتا جميعاً ، وكان بيد المرتهن لا ينافي هنا حيث قال : وذلك فيما يوجبه النظر ، أن قول الراهن رهنتك هذا الشيء ، يقتضي حبسه بيد المرتهن الخ ، وذلك لأن الرهن ها هنا يقتضي حبسه بيد المسلط وهو حي ، فالظاهر أنه لا يبيعه حتى الأجل ، إلا على قول من قال : الأجل يحل بموت المدين والله أعلم .

قوله :فإنه يرجع الرهن إلى الراهن الخ، ظاهره أن الحكم كذلك بالاتفاق، وإن قلنا أن المسلط في مقام المرتهن ، لأن الاتفاق على التسليط يقتضي أن لا يحبس بيد غيره ، أعني فينفسخ ويحتمل أن يتمشى على قول الربيع فقط والله أعلم .

بوكلاء والله أعلم . وإن مات المرتهن فورث منه المسلط بعضه أو ورثه كله ، فإن الرهن يكون على حاله في يده ، ويبيعه ويستوفي منه حقه وإن كان معه وارث غيره ، فليعطه ما نابه لأن المسلط في مقام المرتهن ، وأما إن مات الراهن ، فورثه المسلط ، فإنه يتبعه المرتهن بدينـــه ولا يكون راهناً مسلطاً رجل واحد ، وإن كان الرهن في يد مسلطين فمات

قوله : لأن المسلط في مقام المرتهن ، يعني بالنظر إلى البيع ، فـلا يتولاه غيره مع وجوده ، فهو علة لقوله : ويبيعه ، فلا ينافي قول الربيع ، لأنه في مقام الراهن دون المرتهـن ، لأن ذلك بالنظر إلى إسقاط الضمان عن المرتهن حيث لم يكن في يده والله أعلم .

قوله : فإنه يتبعه المرتهن بدينه الخ ، وذلك لأن الدين قد انتقل إلى التركة ، فكما يرث ماله يتعلق به ما عليه وهو ظاهر إذا لم يتبرأ من التركة لضيقها مثلاً ، ولم يشاركه غيره في الإرث ، وأما لو تبرأ منها أو شاركه غيره فيها ، فإنـه ينظر ما للحكم ، والظاهر أن التسليط قد انفسخ على كل حال ، لكن إن تبرأ منها لا يتبعه بشيء ، وإن لم يتبرأ أو ورث معه غيره ، فإنه يتبعه بقدر ما نابه من ذلك ، وأما لو تبرأ من التركة مثلاً ، وقبل غيره من الورثة ، فهل ينفسخ التسليط أو لا ، والظاهر الثاني والله أعلم فليحرر .

قوله : ولا يكون راهناً مسلطاً رجل واحد ، في ذلك لأن كونه راهناً يقتضي أن لا يكون الرهن بيده ، وكونه مسلطاً يقتضي كونه بيده ، فلما تنافيا بطل الرهن ، وإنما سُمي راهناً ، لأنه لما ورثه نزل منزلته في التسمية أيضاً . والله أعلم .

أحدهما وبقي الآخر ، فإنه يدفع الرهن إلى الراهن والمرتهن ، فيعيدانه رهناً ثانياً من جهة أنه لا يجوز بيع أحد المسلطين دون صاحبه ، إلا أن يجيزه الراهن والمرتهن ، فهو جائز كما ذكرنا في الوكيلين والخليفتين ، وأما الرهن فلا يبطل بموت أحد المسلطين والله أعلم ؛ ولا يخرج المسلط من التسليط ، إذا زال عقله ثم أفاق ، لأن ذلك لا يدل على خروجه من التسليط ، وإن باع المسلط الرهن الذي بيده ، ثم دفع إلى المرتهن حقه أو لم يدفعه ، ودفع الفضل إلى الراهن ، إذا كان في الرهن أو لم يدفعه ، ثم رد عليه بعيب كان فيه قبل البيع ، فإنه يبيعه ثانية ، فإن كان فيه فضل دفعه إلى الراهن بعد ما يستوفي المرتهن جميع حقه ، وإن كان فيه نقصان

قوله : فيعيدانه رهناً ثانياً الخ ، ينظر هل المراد إذا اتفقا على ذلك ، أو الحكم كذلك ، ما لم يتفقا على نزعه ، لأن التسليط متفق عليه في الجملة في هذا الرجل ، فإخراجه منه لا يكون إلا باتفاقهما ، وإن كان فعله وحده لا يصح كذلك والله أعلم . وقد يقال : لو أراد المصنف رحمه الله المعنى الثاني ، لقال : فيعيدانه له بل المراد أنه هو وغيره سواء ، غايته أن الرهن لا يبطل فيتفقان على من يكون عنده مطلقاً والله أعلم ، فليحرر .

قوله : فإنه يبيعه ثانية ، يعني ولا يخرج من التسليط بالبيع الأول ، لأنه لما رجع إليه بالعيب ، صار بمنزلة العدم ، والله أعلم .

قوله : وإن كان فيه نقصان عن الثمن الخ ، حاصله أنه إن نقص عن الثمن الأول فتارة يدلس وتارة لا يدلس ، فإن دلس فلا رجوع له مطلقاً ، لا في

على الثمن الأول ، فليس عليه ضمانه إلا أن دلّس بالعيب ، فيكون عليه ضمان ما نقص على الثمن الأول ، وإن لم يدلس بالعيب ، لكنه رده بغير جبر الحاكم ، فليس عليه ضمان فيما بينه وبين الله ، لما نقص عن الثمن الأول ، وعليه الضمان في ظاهر الحكم ، لأن قوله غير مقبول على الغير والله أعلم .

وكذلك المرتهن وخليفة الميت على وصيته ، على ما ذكرنا ، والله أعلم . وإذا استمسك المسلط بالمرتهن عند الحاكم على أن يبيع الرهن

الحكم ولا فيما بينه وبين الله ، لأن الظالم أحق أن يحمل عليه ، وإن لم يدلس فإن ردّه بحكم الحاكم رجع على الراهن مطلقاً ، وإن رده من غير حكم الحاكم رجع فيما بينه وبين الله فقط ، فإذا أمكنه مثلاً ، أن يأخذ من مال الراهن خفية قدر ما نقص فعل ، ولا شيء عليه والله أعلم .

قوله : وكذلك المرتهن الخ ، يعني فتارة يدلس وتارة لا يدلس ، وإذا لم يدلس ، فتارة يرده بحكم الحاكم وتارة بغيره ، وقد تقدم ما يقرب من هذا بالنظر إلى التدليس وعدمه ، في باب بيع البراءة فيما يتعلق بالوكيل ، فليراجع ، ولينظر ما الحكمة تخصيص المرتهن وخليفة الميت بالتشبيه ، أللهم إلا أن يقال : ان الوكيل حكمه معلوم مما تقدم ، وخليفة الميت والمجنون والغائب ، شأنه أن يكون المال بيده فيدفع من أموالهم ، لأنه قام مقامهم من جميع الجهات ، فتدليسه كتدليسهم مثلاً ، ما دامت خلافته ، ويحتمل أن المدلس يضمن مطلقاً ، فليراجع .

ويدفع إلى المرتهن حقه ، فلا يدرك عليـــه في الحكم ، وليس له أن يعطله عليه ، وكذلك أيضاً الراهن إذا استمسك به أن يبيع ويدفع إليه الفضل عن حق المرتهن ، فلا يدرك عليه ذلك في الحكم ، وليس له أن يعطله عليه ، وفي النفس من هذا شيء لأنه لا يدرك عليه أحدهما نزع الرهن من يده ، فيكون التضييع من قبله ، إلا إن اتفق الراهن والمرتهن على ذلك فنعم ، فلهم ذلك والله أعلم .

قوله : فلا يدرك عليه في الحكم ، يعني ـ والله أعلم ـ حيث استمسك به وحده ، أو حيث رضي بالتسليط ، والله أعلم .

قوله : وفي النفس من هذا شيء ، يعني والله أعلم ، في قوله : وليس له أن يعطله عليه ، لأن في نسبة التعطيل إليه قدحاً في حقه ، حيث لا يدرك عليـــه أحدهما في الحكم نزع ذلك من يده وحده ، فقد دخل كل واحـد منهما على ذلك ، فلا يكون معطلا أصلا .

قوله : فيكون التضييع ، يحتمل أن يكون بالرفع تفريعاً على قوله : لأنه لا يدرك ، والضمير في قوله من قبله لأحدهما ، يعني فحيث لا يـــدرك النزع ، يكون التضييع من قبله ، حيث دخل على ذلك ، ولا يكون المسلط معطلا ، ويحتمل أن يكون بالنصب في جواب النفي ، والضمير راجع إلى المسلط ، أي لا يدرك عليه حتى يكون التضييع من قبله ، فيصير معطلا والله أعلم .

قوله : إلا إن اتفق الخ ، الظاهر أنه مستثنى من عدم الإدراك ، وفيه نيابة المصدر الأول عن ظرف الزمان ، وفيه كلام ، والمعنى أنه لا يدرك أحـدهما ذلك إلا وقت اتفاقهما والله أعلم .

وإن أراد المسلط البيع للرهن الذي في يده ، فإن الشهود إنما يعطون الشهادة للمرتهن الذي له أصل الدَّين ، فإذا تمت الشهادة فيتولى المسلط عقد بيعه بعد ذلك ، ولا يبيعه للمرتهن لأنه بمقامه ، والمرتهن لا يكون بائعاً مشترياً والله أعلم .

قوله : لأنه بمقامه ، أي بالنظر إلى البيع ، فلا ينافي قول الربيع أنه بمنزلة الراهن ، لأن ذلك بالنظر إلى عدم ضمان المرتهن ، حيث لم يدخل في حوزه ، والله أعلم .

قوله : والمرتهن لا يكون بائعاً مشترياً ، الظاهر أنه إنما قيد به ، لكون الوكيل والخليفة قد يتوليان الطرفين ، والمفهوم إذا كان فيه تفصيل لا يعترض به والله أعلم . ويحتمل أن يكون المراد بائعاً مشترياً لنفسه ، فلا فرق بينه وبين الوكيل والخليفة والله أعلم .

باب في احكام الرهن

وما للراهن من الحقوق في الرهن وما عليه
وما للمرتهن وما عليه واختلافهما في ذلك

وفي الأثر : وإن قال المرتهن للراهن: قد انفسخ رهنك، أو تبريت من رهنك، فلا يشتغل الراهن بقوله ، وذلك لا يرجع الرهن الى الراهن إلا باتفاقهما جميعاً ، في قول بعض الفقهاء ، وقال بعضهم: يرجع الرهن إلى الراهن ويحكم عليه بالمال الآن ، والقول الأول يدل من قائله أن الرهن

باب في أحكام الرهن وما للراهن من الحقوق
في الرهن وما عليه ، وما للمرتهن وما عليه واختلافهما في ذلك

قوله : قد انفسخ رهنك ، يعني إني فعلت فيه فعلاً يوجب الفسخ ، كالانتفاع به مثلاً .

قوله : فلا يشتغل الراهن بقوله ، ظاهره ولو بين ذلك ، كما يدل عليه قوله باتفاقهما .

قوله : ويحكم عليه بالمال الآن ، يعني إذا كان الأجل حالاً ، وأما إذا لم يحل

من العقود اللازمة . فلا يصح فسخ أحدهما دون صاحبه ، ويؤيد هذا ، أن ما كان عقده وتصحيحه بالقول ، فلا ينفسخ إلا بالقول، أصله سائر العقود. فإن قال قائل: لا ينفسخ الرهن إذاً باستنفاع المرتهن على هذا القياس، قيل له : على هذا المذهب فنعم ، يدل عليه ذلك ويدل أيضاً على ذلك أن بعض الفقهاء جوَّزوا بيع مقام الرهن وهبة مقام الرهن ، فأقاموه مقام الرهن .

الأجل ، فالظاهر أن دينه يبقى بلا رهن ، ومراده بقوله الآن : أنه لا ينظر به بيع الرهن لانفساخه ، ويحتمل أن المراد بقوله الآن : أنه يحكم عليه بالمال ، وإن لم يحل الأجل ، لأن الرهن ثقة بالمال ، وقد زالت الثقة ، ولعله إنما جاز الأخذ قبل الأجل ، لأنك إذا تأملت وجدت الرهن له قسط في إسقاط الثمن عند البيع ، لأنه لولا ذلك الرهن مثلا لم يبعه له بذلك الثمن ، وهذا هو المتبادر من كلامه ، والله أعلم فليحرر . لم يبين رحمه الله ما هو الراجح من القولين ، وذكر فيما سيأتي أن المعمول به أنه ينفسخ باستنفاع المرتهن ، وعليه غرم ما استنفع به .

قوله : يدل عليه ذلك ، أي يدل على عدم الإنفساخ ، كونه كسائر العقود ، وفي نسخة يدل على ذلك والله أعلم .

قوله : فأقاموه مقام الرهن ، لعله فأقاموهما ، يعني فدل ذلك على أنه لا ينفسخ ، لأن البيع والهبة لا ينفسخان ، فلو كان الرهن ينفسخ لم يصح قيام البيع والهبة مقامه ، لما يلزمها من الإنفساخ ، وذلك باطل فيهما عند استيفاء الشروط ، وإنما أقيما مقام الرهن ، ليكون للشيء المبيع أو الموهوب أجل

وفي الأثر أيضاً : وقد يجوز عند شيوخ أهل جادو هبة مقام الرهن ، وهو أن يقول الراهن للشهود عند الإشهاد عليها : لفلان بن فلان عليّ كذا وكذا الشيء ، يسميه ويسمي أجله إذا كان له أجل، ثم يقول لهم بعد ذلك : الفدان الذي لي في مكان يسمى بكذا وكذا ، بكله وكل ما فيه من الناس إلى الناس وهبته له هبة مقام الرهن ، وكذلك بيع مقام الرهن أن يقول له: بعته له بيع مقام الرهن بكذا وكذا، وهو الدين الذي أقوله

كالرهن ، وإنما جعلوه بيعاً أو هبة ليستنفع به المرتهن ، ولعل المراد بهذا هو البيع المسمى عند غيرنا : بيع عهد ووفاء ، وبيع وإقالة ، فإنه جائز عند الحنفية والمالكية، لكن يشكل عليه ما سيأتي من أن بعض من جوّز هذا البيع يقول : لا يذهب الدين بذهابه ، وكيف يكون الشيء بيده على وجه البيع ولا يذهب عليه ، هذا في غاية الإشكال ، وأما الهبة فيظهر فيها عدم الضمان ، لكن يشكل من جهة كونها هدية مدين ، وأجاب المصنف رحمه الله فيما سيأتي من عدم الذهاب ، بأن المال لم يتعلق بذلك الشيء ، وانظر هل مراده ، رحمه الله، نفي التعلق فقط ، وأن ذلك الشيء يضمنه المشتري أو الموهوب له ، إذا بلغ الأجل ، وأراد فسخ ما بينهما ، ليأخذ دينه من البائع والواهب ، ويدفع له قيمة ما ذهب في يده ، أو مراده نفي التعلق والضمان أيضاً ، وأنه بمنزلة الأمانة فيذهب من غير مقابل ، والظاهر الأول فيحل الإشكال بالنسبة إلى البيع ، وإن كان المتبادر من كلامه الثاني والله أعلم ، فليحرر .

قوله : عليها ، أي على الهبة .

به أول مرة، فيكون عنده مثل الرهن الأول، ولا يبيعه حتى يبلغ الخبر عليه عند الحاكم، وينادي عليه ويستقصي ثمنه مثل الرهن، وقد كانوا يذكرون في هذه الهبة والبيع اللذين هما مقام الرهن وجوهاً، يختلفان فيها مع الرهن من الاستنفاع والذهاب، إلا أني لا أقوم بحفظها الساعة والله أعلم. وهبة مقام الرهن وبيعه لا ينفسخ باستنفاع المرتهن منه، ولا يذهب ماله، وهو أسوة بين المرتهن وغرماء الراهن إذا أفلس. ومنهم من يقول: هبة مقام الرهن وبيع مقام الرهن مثل الرهن فيما ذكرنا.

فإن قال قائل: أليس يجب على قياس قول من جوّز هبة مقام الرهن

قوله: مثل الرهن الأول، أي الذي ليس فيه لفظ البيع والهبة، ويحتمل أن يكون المراد بالرهن الأول المحدث عنه أولاً، وهو الرهن الذي أقيمت الهبة مقامه، لأنه لو أراد المطلق لأطلق، وهذا هو الظاهر والله أعلم. « - »

قوله: ولا يبيعه الخ، نفى به ما يتوهم من أنه لما كان فيه البيع والهبة لا يحتاج إلى ما يحتاج إليه الرهن والله أعلم.

قوله: من الإستنفاع والذهاب، لعل هذا هو المصطلح عليه في زماننا المسمى ببيع وإقالة.

قوله: على قياس قول من جوّز الخ، يعني وفرق بينها وبين الرهن حيث قال لا يذهب الدين بذهابه، وأما من جوز ذلك ولم يفرق فلا يرد عليه السؤال والله أعلم.

وبيع مقام الرهن أن يذهب مال المرتهن بذهابه ، لأنه لم يكن بيده على سبيل الأمانة على هذا الوجه ، وإنما كان بيده من جهة الهبة أو البيع . قيل له : ليس كون الرهن أمانة مما يوجب ألا يذهب مال المرتهن بذهابه ،

قوله : لم يكن بيده على سبيل الأمانة الخ ، يعني حتى لا يذهب الدين بذهابه بل يذهب بذهابه حيث كان، من جهة الهبة ، أو البيع ولم يكن أمانة على مقتضى السؤال والجواب ، أن كون الرهن أمانة لا يقتضي عدم الذهاب ، بل المقتضى لعدم الذهاب عدم التعلق ، والمقتضى للذهاب التعليق، ففي الرهن يذهب المال بذهابه لتعلق الرهن به ، والدليل على التعلق اختصاصه به عند التفليس أو الموت ، فحاصل الجواب ـ والله أعلم ـ منع قول السائل،لأنه لم يكن بيده على سبيل الأمانة وإثبات أنه أمانة يستفاد منه أن الرهن أمانة لكن إن تعلق الدين به ذهب بذهابه كما إذا أخذه ولم يشترط أن لا يكون عليه شيء من الآفات التي تصيبه وإن لم يتعلق به كما إذا اشترط ذلك لم يذهب بذهابه . هذا هو الراجح،وذهب بعضهم إلى أنه من ضمانه مطلقاً كما سيأتي مع دليل كل لكن يشكل كونه أمانة في بيع مقام الرهن وهبة مقام الرهن مع جواز الإنتفاع به كأكل الغلات مثلاً ، أللهم إلا أن يكون المراد أنه لا ينفسخ بالإستنفاع وليس المراد أنه يجوز له الإستنفاع ، كما قد يتوهم فيكون كالرهن في كونه لا ينفسخ بالإستنفاع على القول به ، لكن إن استنفع به قوّم ذلك عليه ، والذي يدل على أن المصنف رحمه الله ، لم يجوز له الإستنفاع فيما ذكره قوله، وقد كانوا يذكرون في هذه الهبة والبيع ، وإلى قوله من الإستنفاع والذهاب الخ ، فيؤخذ منه أن الإستنفاع به ، وذهاب ماله إذا ذهب له وجوه أخرى لا يستحضرها الآن ، فينحلّ غالب الإشكال إلا أنه لا يظهر ، لكونه بيعاً وهبة معنى والله أعلم فليحرر . وسبب الحيرة عدم من يفصح لنا عن المراد والله المستعان .

وإنما يذهب مال المرتهن إذا ذهب الرهن ، لتعلّق حقه فيه ، ولذلك صار أحق بالرهن من غرماء الراهن إذا أفلس ، فلهذا المعنى كان هبة مقـــام الرهن وبيع مقام الرهن لا يذهب مال المرتهن بذهابه ، وهو أسوة بينه وبين غرماء الراهن إذا أفلس ، لأنه حقه في هذا الوجه متعلق بالذمة لا بالرهن. فإن قال قائل: فإذاً ينفسخ الرهن في هبة مقام الرهن وبيع مقام الرهن باستنفاع المرتهن به على هذا المعنى ، ويكون أمانة ، لتساوي المرتهن وغرماء الراهن فيه . قيل له : قد أعلمناك أن الرهن لا ينفسخ باستنفاع المرتهن إذا كان عقداً من سائر العقود ، لأن ما يعقد بالقول فأحرى ألا ينفسخ إلا بالقول ، ولهذا المعنى قلنا: لا ينفسخ الرهن في هبة مقام الرهن وبيع مقام الرهن باستنفاع المرتهن والله أعلم .

وفي الأثر : وقد روي عن أبي هارون الجلالي وجه آخر من البيع الذي هو مقام الرهن ، وهو أن يأتي الذي يريد أن يأخذ الدين الى الذي يطلب من عنده ، وهو صاحب ثياب أو طعام ، فيطلب من عنده فيقول له : إني أبيع كل ثوب بدينار نقداً ، وبدينار ونصف كل كساة إلى أجل كذا وكذا ، فيسميه أو ما أشبه هذا من السوم الذي يكون بينهما ثم يتفقان على أمر معروف نحو عشرة أثواب بخمسة عشر ديناراً ، أو عشرة أمداد بخمسة عشر ديناراً ، أو ما أشبه ذلك ، ثم يأتيان الى الشهود

ثم يقول لهم البائع : إنما أريد أن أبيع فداني الفلاني ، أو داري الفلانية لهذا الرجل بيعاً قاطعاً ، ثم يقول المشتري : إنما اشتريه من عنده شراء قاطعاً ، فليبعه له بعشرة دنانير الذي اتفقا عليها أول مرة فيقبضه من عنده وهو يساوي أكثر من ذلك عشرين ديناراً ، أو أقل أو أكثر ، فيمكث في يده إلى أجل الذي بينهما ، فيأتي إليه فيقول له : إنك بعتني فدانك أو دارك بعشرة دنانير ، فإن شئت اشتريه مني بخمسة عشر ديناراً ، وإلا أبيعه لغيرك بما شئت ، فليبعه بخمسة عشر ديناراً ، فيقبضها من عنده ، فإن أبى أن يشتريه منه بخمسة عشر ديناراً ، فليبعه لغيره إن شاء ،

قوله : ثم يقول لهم البائع ، أي وهو مشتري الثياب مثلا ، والظاهر أن في النسخة سقطا حاصله انهما يتفقان أيضاً على أن هذا المشتري يبيع له الفدان الفلاني ، أو الدار الفلانية ، بعشرة أو نحو ذلك فليراجع .

قوله : فيقبضه ، أي ذلك الشيء ، وهو الفدان أو الدار مثلا ، فيصرف فيه بالاستنفاع حيث كان شراء ، وأما الثمن الذي هو بعشرة مثلا ، فالظاهر أنه لم يدفع منها شيئاً كما يدل عليه كلامه أولاً وآخراً ، فإنه لم يتعرض لها لا قبضاً ولا رداً والله أعلم .

قوله : إلى أجل الذي بينهما ، ظاهر هذا الكلام يقتضي أن الأجل لا يطلعان عليه الشهود وفيه تأمل فليحرر .

قوله : فليبعه لغيره إن شاء ، ظاهره أنه يجوز له إمساكه ، حيث رد ذلك إلى مشيئته ، وهذا غير ظاهر ، حيث كان مأموراً بالاستقصاء ، ورد البقية عليه

فيستقصي ثمنه في البيع والمناداة ويستوفي منه خمسة عشر ديناراً ، ثم يرد عليه البقية والله أعلم . وإنما جاز هذا فيما يوجبه النظر ، لأنه قد خالف بيع الذرائع ، من جهة أن الزيادة في بيع الذرائع مقابلة الأجل ، وفي هذا البيع مقابلة لرجوع المبيع إلى صاحبه أو غيره ، فأشبه من جهة البيع والزيادة بيع الإقالة بزيادة ، ومن جهة البيع والأجل أشبه الرهن إلى أجل فصار بينهما ، ولذلك جاز فيه ما ذكرنا والله أعلم بحقيقة ذلك . وإذا

اللهم إلا أن يقال : الضمير في شاء راجع إلى صاحب الفدان مثلاً ، يعني إن شاء البيع لغيره ولم يشأ لنفسه ، وهذا هو الظاهر ، لا يقال يمسكه لنفسه بعد الاستقصاء لما تقدم من أن المرتهن لا يكون بائعاً مشترياً ، والله أعلم، فليحرر .

قوله : ويستوفي منه خمسة عشر ديناراً الخ، ينظر حكم ما لو نقص عنها بعد الاستقصاء في المناداة ، والظاهر أنه يتبعه به حيث يدفع له الزائد كالرهن والله أعلم ، فليحرر .

قوله : من جهة أن الزيادة الخ ، فيه أن كون الزيادة مقابلة للأجل ، لا تضر مطلقاً وإلا لم يجز بيع الدين ، بل الظاهر في التعليل ، أن يقال : من جهة أنه لا يصدق عليه بيع الذرائع ، لأنك إذا أضفت البيعة الأولى إلى الثانية وجدته ردت إليه سلعته ، ولم يقبض عشرة يدفع فيها خمسة عشر ، بل إنما قبض ثياباً كما هو ظاهر .

قوله : وإذا رهن ؛ في الصحاح : رهنت الشيء عند فلان ، ورهنته الشيء بمعنى ، فالمناسب رجل رجلاً .

رهن رجل لرجل أرضاً فاستحق بعضها ، فالمرتهن بالخيار إن شاء رضي الذي صح للراهن من ذلك ، ويستوفي منه حقه، وما بقي من ماله فليرجع به على الراهن ، وإن شاء رجع عليه بماله كله ، كما يجوز ذلك في البيع والصداق ، وقد ذكرنا ذلك في باب البيع ، وهذا إذا لم يعرف المرتهن والمشتري والمرأة بالشريك ، وإن عرفوا به أول مرة فليس لهم أن يقيموا على ما بقي ، وجائز للشهود أن يشهدوا لهم عليه إذا أقاموا على ما بقي ؛

قوله : فاستحق بعضها الخ ، وأما لو استحقت كلها فسيأتي بيانه من كونه تارة يشترط الرهن عند العقد ، وتارة لا يشترط .

قوله : وإن شاء رجع عليه بماله كله ، يعني عند الأجل لأن الأجل له قسط من الثمن ، والله أعلم .

قوله : كما يجوز ذلك في البيع والصداق ، وذلك أنه إذا استحق من الشيء المعلوم بعضه خيِّر صاحبه أن يرضى بما بقي ، ويرجع على البائع ، أو المصدق بقدر ما ناب الحصة التي استحقت ، وإن شاء رجع عليه بثمن الجميع في البيع، أو قيمته في الصداق ، لأن الشريك عيب كما تقدم .

قوله : فليس لهم أن يقيموا على ما بقي ، يعني على المختار عنده من أن العقدة إذا اشتملت على ما يجوز وما لا يجوز كانت فاسدة ، والمراد إذا اشتملت قصداً كما يدل عليه قوله . وإن عرفوا به .

قوله : أن يشهدوا لهم، أي لهؤلاء المذكورين من المرتهن والمشتري والمرأة .

قوله : عليه ، أي الرهن أو البيع أو الصداق ، يعني بتمامه ، ويخبرون بما استحق الخ .

ويخبرون بما استحق من ذلك ، ولا يضرُّ ذلك شهادتهم شيئاً ، وكذلك أيضاً إذا رهن رجل لرجل نصف فدان معروف ثم استحق نصف ذلك الفدان ، فللمرتهن نصف ذلك النصف الباقي وهو ربع الكل ، وقال بعضهم: له ذلك النصف كله وكذلك البيع والصداق والله أعلم. وأما إذا رهن رجل لرجل فدانين أو ثلاثة ، فاستحق أحدهما ، فقد انفسخ رهن الباقي منه ، ولا يصيب أن ينعم بالباقي منهما، لأنه مجهول الثمن ، وكذلك البيع والصداق على هذا المعنى بخلاف ما إذا استحق منها نصيب معروف فيكون الباقي معلوم الثمن ، ولذلك جاز فيه أن ينعم المرتهن بالباقي

قوله : ولا يصيب أن ينعم بالباقي منهما الخ ، يعني ما لم يعين لكل واحد ما يخصه من الدّين ، كما تقدم نظير ذلك في بيع الأشياء المتعددة في عقدة واحدة ، إذا ظهر في واحد منها عيب ، فإنه يرد ذلك وحده ، ويرشد إلى هذا قوله رحمه الله ، لأنه مجهول الثمن والله أعلم .

قوله : لأنه مجهول الثمن، الأولى هنا أن يقول مجهول ما يخصه من الدين ، والله أعلم .

قوله : ولذلك جاز فيه أن ينعم الخ ، الظاهر أنه إنما فرض المسألة في الأرض والفدادين مثلاً ، ليصح الانعام بالباقي ، لأنه ذكر فيما تقدم في باب الاستحقاق ما نصه : وإنما يجوز أن ينعم فيما يجوز فيه بيع التسمية من الحيوان وغيرها ، وأما ما يكال وما يوزن فلا، انتهى ، وذكر أيضاً أن جواز الانعام بالباقي ، إنما يتأتى على مذهب من يقول إنالعقدة الواحدة إذا اشتملت على ما

والله أعلم. ولا يجوز رهنٌ في رهن ولا عوض في رهن، لأنه إذا استحق الرهن من يد المرتهن أدرك على الراهن أن يرهن له ما يستوثق به في ماله، إذا كان اتفاقهما أول عقد أخذ الدين على ذلك ، أو يعطي ماله ، وليس الرهن بيد المرتهن بالملك فيدرك عليه العوض والله أعلم .

يجوز وما لا يجوز ، صح ما يجوز وبطل ما لا يجوز ، يعني وأما على الراجح فتفسد العقدة كلها ، ولعله إنما ترك ذلك هنا للعلم به مما تقدم ، والله أعلم .

قوله : ولا يجوز رهن في رهن الخ ، كأن المراد أنه لا يجوز جعله ابتداء ولا اشتراطه على تقدير الاستحقاق، لكن إذا استحق أدرك هنا آخر، أو الثمن كما قال المصنف رحمه الله .

قوله : أدرك على الراهن أن يرهن له، إلى قوله : أو يعطي له ماله ، ظاهره أنه لا بد من أحد الأمرين في الحال ، وليس بظاهر على إطلاقه ، ولعل المراد إذا حلّ الأجل لأنه لا يجوز أخذ الدين قبل الأجل لما يؤدي إليه من أخذه أكثر من حقه ، لأن الأجل له قسط من الثمن ، أللهم إلا أن يقال : إن الرهن له دخل في إسقاط بعض الثمن ، فإنه من المعلوم أنه لا يستوي في الثمن من يشتري بالرهن ، ومن يشتري بغير الرهن ، فلما ذهب الرهن ولم يجد رهناً يستوثق به ، صار بمنزلة من باع حاضراً ، ويمكن أيضاً أن يتمشى على قول من أجاز أخذ الدين قبل الأجل ، إذا رضي المدين ، وهذا لما لم يدفع له رهناً يستوثق به جعل راضياً بدفع الدين ، لأن خيريته تنفي ضرره والله أعلم .

قوله : على ذلك ، أي على الرهن ، يعني وأما إذا لم يقع البيع على الرهن ودفع له الرهن بعد ذلك فاستحق ، فلا يدرك عليه رهناً آخر لأنه متطوع بالرهن .

قوله : فيدرك عليه العوض ، فهو بالنصب في جواب النفي ، يعني أنه لا

وإذا رهن رجل لرجل رهناً فإذا هو حرام فإن المرتهن يردُّه لصاحبه دون الراهن ، وكذلك الوديعة والعارية والبضاعة إذا كانت بيد رجل مسلم ثم علم أنها حرام ، فإنما يرد جميع ذلك لمولاه دون الذي جعل ذلك في يده إذا علمه ، وإن لم يعلمه فليبعه وينفق ثمنه ، ولا يرد الذي جعله في يده، لأن ذلك تصرُّف في مال الغير بغير حق ، ومنهم من يرخص في رد ذلك الى الذي في يده إذا جاء معترفاً وعلم منه الإنصاف لأنه أعلم بذلك منه والله أعلم . وإذا كان لنصراني على نصراني دين ، فرهن له فيه رهناً هو خمر أو خنزير أو ما أشبه ذلك من الأشياء المحرمة عند أهل الإسلام فباعه المرتهن ، ثم قضى منه ماله ، ثم أسلما جميعاً بعد ذلك ، فقد برىء الراهن من الدين بعدما استوفى المرتهن جميع حقه في حال شركهم من تلك الأشياء ، والإسلام جبٌّ لما قبله ، وكذلك ما اقتسمه المشركون في حال شركهم من مواريثهم على خلاف قسمة مواريث أهل

يدرك عليه العوض بعينه ، لأن الرهن ليس بملك للمرتهن ، بل يخيَّر المدين بين الأمرين والله أعلم .

قوله : ثم علم أنه حرام ، ظاهره أنه لو علم ذلك ابتداءً لا يجوز له أخذه ، وهو ظاهر ، وهل يقال : إذا علم بذلك وعلم صاحبه يأخذه منه رهناً أو وديعة أو نحو ذلك ، ليتوصل بذلك إلى دفعه لصاحبه ، وهو الظاهر لأنه من باب المعروف ، والله أعلم فليحرر .

الإسلام ، ثم أسلما بعد ذلك فقد مضى لسبيله ، ولو كان في أيديهم، إلا ما أدخلوا به الإسلام ولم يقسم فليقسموه على قسمة أهل التوحيد ، لقوله عليه السلام : (أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسمة الجاهلية، وأيما دار أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام)[1] ، وكذلك أيضاً إذا أسلم الراهن والمرتهن جميعاً والرهن المحرم بيد المرتهن فلا يبيعه ولا يستوفي منه حقه ، ولكن يرجع على الراهن بحقه فيغرمه إياه ، وإن أسلم الراهن وبقي المرتهن في الشرك ، وباع الرهن المحرم واستوفى منه حقه ، فلا يبرىء بذلك الراهن مما عليه من حق المرتهن ، لأن ذلك حرام عليه ، فلا يقضى به تباعته ، كما لا يحل له أكله ، وأما إن أسلم المرتهن وبقي الرهن بيده ، والراهن في الشرك ، فإنه لا يقضي حقه مما هو حرام

قوله: فلا يبعه ، يعني ولكن يريقه ، أو يقتله لقوله ﷺ (بعثت بقتل الخنزير وإراقة الخمر) والله أعلم .

قوله : ولكن يرجع على الرهن بحقه فيغرمه إياه ، ينظر هل ينزل الإسلام بالنظر إلى الرهن المحرم منزلة الاستحقاق بالنظر الى المحل ، فيؤمر المدين بدفع رهن آخر أو بدفع المال ، أو يؤمر بدفع المال مطلقاً ، وهو المتبادر من كلامه ، أو إذا حل الأجل وهو المناسب لكون الأجل له قسط ، من الثمن أو كيف الحال والله أعلم ، فليحرر .

قوله : فإنه لا يقضي حقه الخ ، أي لا يبيع ذلك ويستوفي منه حقه ،

(١) تقدم ذكره .

عليه ، ولكن يدفعه إلى الراهن ويرجع عليه بحقه ، فإن قال قائل : من أين جاز له أن يدفعه إلى الراهن ولا يجوز له أن يقضي منه حقه ؟ قيل له: لا يجوز له أن يقضي منه حقه، لأن ما كان عليه حرام أكله فثمنه حرام عليه، لقوله عليه السلام: (لعن الله اليهود حرّمت عليهم الشحوم فجملوها

وانظر ما إذا باعه صاحبه بعد ما دفعه له لمن يدين بحل ذلك ، كنصراني آخر وعلم بأن ذلك ثمن الخمر أو خمر آخر مثلاً، هل يجوز له أخذ ذلك في حقـه ، لأنهم يدينون بحل ذلك ، فهو والزيت مثلاً عندهم على حدّ سواء ، فالعبرة بـما يعتقدونه أو لا يجوز له ذلك حيث علم أنه ثمن محرم ، وأن العبرة بما يعتقده ؟ وهو الظاهر من كلام المصنف رحمه الله، ولم نر عندنا نصاً في ذلك فليراجـع ، ثم رأيت في الدليل والبرهان ما هو صريح في الجواز ، إذا كان أهـل الكتاب هم الغالبين ، والعياذ بالله ، حيث قال : ويعاملونهم في أموالهم ، ويحذرون منهـا شيئاً ، ولو كان أثمان الخنازير ، أو أثمان الربا ولا يعاملونهم بالربا ، ولا يأكلوا من خنازيرهم الخ ، لكن ينظر هل إجازة ذلك بالنظر إلى التدين ، أو لأجـل ضرورة غلبتهم ، والظاهر الأول فيجري ذلك ، ولو كان الظفر للمسلمين والله أعلم فليحرر . ويشهد له جواز أخذ ما غنموه من المسلمين فليراجع ، وإنما خص غلبتهم بالذكر ، لأنها هي التي يتأتى فيها ظهور كونه ثمن خمر أو خنزير ، ومما يدل على أن العبرة بالدين قول أصحابنا رحمهم الله ، أنه لا يجوز أخذ الجزية في زمان الكتمان ، وأنه لا يعامل فيها من أخذها ، إلا إذا قادته ديانته إلى ذلك .

قوله : لأن ما كان حراماً عليه أكله فثمنه حـرام ، يعني إذا بيع للأكل وأما إذا بيع لمنفعة غير الأكل ، فيجوز أكل ثمنه فلا يرد مـا تقدم في صدر الكتاب من جواز بيع أمور لمنفعة غير الأكل والله أعلم .

قوله: فجملوها ، هو بالجيم ، أي أذابوها .

وباعوها وأكلوا أثمانها)[1]، وقاس الثمن الى المثمن ، وأما أن يدفعه إلى الراهن فليس بمستنكر أن يدفع الرجل ما هو حرام عليه الى من هو بشرعه حلال عنده ، أصله الخليفة خليفة اليتيم يدفع إلى اليتيم ماله الذي هو حلال له وحرام على الخليفة أكله ، وقد أمرنا الله أن نعقد لأهل الكتاب الذمة ويقرّون على كتابهم الذي به تمسكوا ، وقال لنبيه عليه السلام: ﴿ وكيف يحكمونك وعندهم التوراة فيها حكم الله ﴾ ،[2] وكذلك أيضاً من أفسد شيئاً من المسلمين فيما ذكرنا لأحد المشركين فليعط قيمته بنظر عدول أهل الشرك .

قوله : فليس بمستنكر أن يدفع الخ ، ظاهر هذا يقتضي أنه إذا تنجس شيء بنجاسة يختلف فيها كبول ما يؤكل لحمه مثلاً ، يجوز دفعه لمن يرى طهارة ذلك والله أعلم .

قوله : أصله الخليفة الخ ، قال شيخنا رحمه الله : هل يفرق بين المقيس والمقيس عليه ، إذ الحرمة في المقيس عليه عارضة ، وفي المقيس أصلية النهي ، يعني ؛ وشرط القياس إتحاد العلة .

قوله : فليعط قيمته الخ ، هذا إذا لم يظهروه ، وأما إذا أظهروه فيفسده عليهم ، ولا شي عليه بل إن قدر على ذلك وجب عليه ، لأن عقد الذمة لهم شرطه عدم إظهار ذلك ، لكن ينظر هل يجوز إفساد العنب عليهم مثلاً ، إذا

---

(١) تقدم ذكره .
(٢) المائدة : ٤٣

وفي الأثر : وإذا كان لأحدهما دين من سلف أو سلم أو ثمن سلعة ، وهو من تلك الأشياء المحرمة نحو الخمر ولحم الخنزير ، ثم أسلما جميعاً ، فليقض الذي عليه الدين ثمنه بقيمة أهل الشرك ، وأما أهل التوحيد فليس لذلك قيمة عندهم ، ولا ينبغي للآخر أيضاً أن يأخذ عنه ثمن الخمر والخنزير ، والأصل فيه قوله عليه السلام :(من أسلم على شيء وهو في يده فهو له) ، وتركهم ﷺ على مناكحتهم ومناسبتهم لم يغير عليهم شيئاً إذا أسلموا، وإذا رهن رجل لرجل رهناً ثم غصب منه فردّه بعد ذلك أو ردَّ عليه ، فهو رهن على حاله ، لأن زوال القبض بغير حق من يد المرتهن لا يبطل الرهن ، وإذا تلف عند الغاصب ثم غرم قيمته ومثله ، فإنه يكون رهناً بيد المرتهن مثل الرهن الأول قياساً عليه كما قال عليه السلام : (لعن الله اليهود حرّمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا أثمانها) ،

علم أنه أخذ لذلك وبعد نقله جهاراً من الإظهار ، أو لا يجوز حتى يظهر ذلك بنفسه والله أعلم فليحرر .

قوله : وهو، أي الدين .

قوله : ثمنه بقيمة أهل الشرك ، يعني إذا كان مسلماً ، لأنه هو الذي يحتاج للتقويم ، وأما الثمن فالظاهر أنه يدفع له ما ترتب في ذمته والله أعلم .

قوله : والأصل في هذا، أي في الجواز .

فقاس الثمن الى المثمن ، وأما المضارب إذا غُصِبَ منه مال المضاربة ثم ردّ عليه الغاصب بعينه، فإنه يكون عنده أيضاً على حاله الأول من المضاربة إذا ضارب به قبل ذلك أو لم يضارب ، وإن تلف ذلك المال عند الغاصب ثم غرم للمضارب مثله أو قيمته ، فإنه يكون عنده أيضاً على حاله الأول من المضاربة إذا ضارب به قبل ذلك ، وإن لم يضارب به قبل ذلك فلا يكون عنده على المضاربة حتى يرده إلى صاحبه فيعيده إليه مرة ثانية على المضاربة ، فإن ضارب به قبل أن يرده إلى صاحبه فلصاحب المال جميع الربح ، ويكون له أجرة مثله ، ويكون عليه ضمانه إذا هلك ، والفرق بين الرهن والمضاربة فيما يوجبه النظر أن الرهن محبوس في الدين

قوله : وأما المضارب الخ . لما كان فيه تفصيل فصله ، وهذا في الحقيقة استطراد بالنظر لما نحن فيه .

قوله : فيعيده إليه مرة ثانية ، يتعين أن يكون المراد بالمثل في هذه الصورة ، إذا كانت المضاربة الأولى صحيحة مثل الدنانير في دراهم ودراهم في دنانير كما هو ظاهر .

قوله : ويكون عليه ضمانه الخ ، لعله إنما لم يكن الخراج بالضمان هاهنا لأنه صار متعدياً ، ولعل هذا بناء على الراجح من أن التعدي على مال الغير ليس له من الفائدة شيء ، لكنه لما دخل يده أولاً بوجه شرعي جعلوا له أجرة المثل ، وإلا فالقاعدة في المضاربة الفاسدة أنه له الأجرة ولا يضمن ، والله أعلم فليحرر .

والمرتهن فيه خصيم وقيمته مثله ، أصل ذلك حبس تركة الميت في ديونه ، والديون تخرج من التركة نفسها ومن قيمتها إذا أتلفها متلف ، والمضارب وكيل لصاحب المال ، والوكالة في معين تبطل إذا تغير المعين إلى غيره من قيمة أو مثل ، والفرق الآخر أن المضارب يرجع المال الى صاحبه إن أراد ذلك ، والمرتهن لا يصيب ذلك إلا برضاء الراهن ، ولهذا أيضاً فرقوا بين أن يضارب به المضارب قبل الغصب ، أو لا يضارب ، لأنه إذا ضارب بالمال صار خصيماً فيه وشريكاً لصاحب المال ، ولم تبطل المضاربة بتغيير الغاصب لها بعد ذلك لأن التغيير قد سبق إليها ، والله أعلم .

وفي الأثر : وإذا كان لرجل على رجل عشرون ديناراً ، فرهن له فيه رهناً ، ثم استحق في يد الراهن نصف تلك الدنانير التي تسلّفها من عند المرتهن أو ثلثها أو ربعها، فلا يجوز الرهن فيما بقي منها الى أن يعيده

قوله : التي تسلفها، أراد بالسلف القرض،لأن السلف الذي هو السلم لا يجوز فيه الرهن ، كما تقدم .

قوله : فلا يجوز الرهن فيما بقي الخ، لعل هذا إذا لم يشترط أن يكون بيده إلى آخر حقه ، لأن الظاهر أن الإستحقاق بمنزلة الدفع ، أو بناء على أن العقدة الواحدة إذا اشتملت على ما يجوز وما لا يجوز كانت فاسدة ، لكن هـذا

رهناً ثانياً ، وإن غرم المرتهن للمستحق ما ينوبه من تلك الدنانير فالرهن على حاله ثابت ، فهذا فيما يوجبه النظر منهم يدل أن ما يكال أو يوزن إذا تصرف فيه غير مالكه ممن كان في يده ، صار تصرفه تفويتاً له وعليه المثل لصاحبه ، والله أعلم .

وأما إن تزوج الرجل امرأة بصداق معروف ، فرهن لها فيه رهناً من قبل أن يمسها ، ثم مسها بعد ذلك فالرهن جائز على حاله الأول ، وإن طلقها من قبل أن يمسها أو وقعت بينهما حرمـــة ، فهو رهن لنصف

يقتضي أن لا ينعم في الرهن إذا استحق بعضه ، بل لا بد من إعادته له رهنـاً ثانياً مع أنه لم يذكره ، فالظاهر التوجيه الأول بدليل التقييد الآتي في الزوجة والأجير ، والله أعلم .

قوله : فهذا فيما يوجبه النظر الخ ، استنبطه رحمه الله من تصرف المرتهن في الدنانير ودفعها للراهن وتصحيح الرهن عند غرم مثـل ذلك للمستحق ، أن جميع ما يكال أو يوزن إذا تصرف فيه غير مالكه إنما يلزم بالمثل فقط وليس عليه غير ذلك ولو استفاده فيه ، ولعل هذا في غير الغاصب أو فيه أيضاً على المرجوح والله أعلم .

قوله : أو وقعت بينهما حرمة ، يعني من قبل أن يمسها ، والأولى تقديمـه على قوله من قبل أن يمسها ، لأن التقييد المعطوف عليه لا يستلزم تقييد المعطوف كقوله تعالى : ﴿ الآن خفّف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفاً ﴾ (١) ، بخلاف ما إذا تأخر نحو أكرمت زيداً وأهنت عمراً يوم الجمعة والله أعلم .

---

(١) سورة الأنفال : ٦٦ .

الصداق الذي هو ثابت للمرأة إذا اشترطت أن الرهن في يدها إلى آخر حقها ، لأن نصف الصداق مرجوع الى الراهن الذي هو الزوج بالطلاق، وكذلك أيضاً إذا أعطت نصف صداقها لزوجها على هذا الحال بمنزلة ما لو أخذته ، وإعطائها وأخذها واحد ، وكذلك الأجير أيضاً على العمل إذا رهن له رب العمل رهناً بأجرته قبل تمام العمل ثم بدا لهما أو لأحدهما

قوله : وإذا اشترطت أن الرهن في يدها إلى آخر حقها ، مفهومه أنها إذا لم تشترط ليس لها ذلك ، لكن ينظر هل يثبت لها نصف ذلك ، ويجعل ذلك بمنزلة استحقاق النصف منه أو يبطل الرهن بتمامه ، لأن سقوط نصف المهر عن الزوج بمنزلة دفع بعض الثمن وهو المناسب لما تقدم من أن الرهن ينفسخ من يد المرتهن إذا أخذ من حقه شيئاً ، لأن الرهن معلق إلى جملة الدين ، إلا أن يشترط الخ ، والله أعلم فليحرر .

قوله : مرجوع إلى الراهن ، كأنه يشير إلى أن المهر كله يجب لها بالعقد ، وذهب بعضهم إلى أنها لا يجب لها بالعقد إلا نصف المهر ، وإنما يتكمل بالموت أو الدخول ، فقد ذكر فيما تقدم في كتاب الزكاة في باب استقرار الملك فائدة هذا الخلاف ، حيث قال : **فصــــل** :والمرة إذا تزوجت بفريضة الدنانير أو الدراهم ، فليراجع .

قوله : ثم بدا لهما أو لأحدهما قبل تمام العمل الخ ، إنما جاز لأحدهما الرجوع قبل تمام العمل ، لأن الراجح أنه إنما يمتنع ذلك بعد الشروع في العمل ، إذا نقد الأجرة ، وأما إن لم ينقدها ، فلكل منهما الرجوع ويحاسب بما مضى ، وها هنا كذلك والرهن في يد الأجير بمنزلة الأمانة ، فلا يصير رب العمل بمنزلة الناقد

قبل تمام العمل ، فالرهن ثابت على حاله للأجير بجميعه في الذي استحق بعمله من الأجرة إذا اشترط عليه أن الرهن بيده إلى آخر حقـــه ، وإذا رهن رجل لرجل فداناً أو بستاناً ، ثم خرج فيه بئر أو جُبّ أو غار لم يعرفا به في حال الرهن ، فلا يضر الرهن شيء من ذلك ، ويكون رهناً مع الرهن ويباع معه ويكون بمنزلة الجنين في بطن أمه ، حكمه حكم أمه ، ولكن إذا أراد الشهود أن يبلغوا خبر ذلك الرهن فليذكروه ويذكره المرتهن في دعوته ، وكذلك البيع والصداق والله أعلم . فإن قال قائل : فالجنين لا يصلون إلى إظهاره وهو ممنوع فصار تبعاً لأمه ، قيل له : وكذلك هذه الوجوه لا يصلون الى معرفتها بالجهل فهي ممنوعة بالجهل فهي مثله ، والله أعلم .

حتى يمتنع الرجوع ، والله أعلم .

قوله : إذا اشترط عليه الخ ، فيه ما تقدم في الزوجة .

باب ما يجوز للراهن من الافعال في الرهن

وما لا يجوز له ، وما يكون عليه فيه من الحقوق

أول ذلك إصلاح الرهن ، وفي الأثر : وإذا رهن رجل لرجل أرضاً فأراد المرتهن إصلاحها فلا يمنعه الراهن من ذلك ، وذلك مثل الحرث

باب ما يجوز للراهن من الأفعال في الرهن ،
وما لا يجوز له ، وما يكون عليه من الحقوق

قوله : وما يكون عليه فيه من الحقوق ، الظاهر أن الأولى تركه لأن المذكور في هذا الباب ، وما يجوز له وما لا يجوز ، وأما ما يجب عليه فقد عقد له باباً إثر هذا ، فيكون قوله هنا أول ذلك إصلاح الرهن ، أي أول ما يجوز له ، لكن على هذا لو امتنع الراهن من ذلك لا يجبره المرتهن ويدل له قوله بعد ذلك : وكذلك الراهن إذا أراد إصلاح الخ ، حيث رد ذلك إلى إرادته كما قال المصنف رحمه الله في نظير هذه العبارة في الاستدلال على عدم وجوب الضحية من قوله عليه السلام : إذا دخل العشر وأراد أحدكم أن يضحي ، الحديث حيث قال : لأنه رد ذلك لاختيار المضحي الخ .

قوله : مثل الحرث وبنيان ما انهدم الخ ، ينظر هل يدرك المرتهن على الراهن

وبنيان ما انهدم من المساكن وسدّ ما انثلم من جسور الفدادين والبساتين وكذلك الراهن إذا أراد إصلاح الرهن فيما ذكرنا ، فلا يمنعه المرتهن من إصلاحه ، لأن هذا كله صلاح الرهن ، وأما أن يدخل فيه ما ليس منه أو يخرج منه ما هو فيه من الغروس والنقص وإحداث البنيان وإزالته وما أشبه ذلك ، فإنه يمنع المرتهن الراهن والراهن المرتهن ، والأصل في ذلك أنهما يتمانعان من الزيادة في العين والنقصان منه ، ولا يتمانعـــان في إصلاح العين .

وفي بعض الآثار : ومن رهن لرجل أرضاً فقام إليها الراهـــن ،

أجرة ذلك مثلاً إذا فعله أو يعد متطوعاً وهو الظاهر والمناسب لقوله ﷺ : (الرهن بما فيه) ، فإذا انهدم مثلاً كان ذلك مصيبة عليه إذا نقص من ماله عند البيع والله أعلم ، فليحرر .

قوله : فلا يمنعه المرتهن الخ ، إنما نص على هذا لئلا يتوهم امتناعه ، لئـلا تجول يده في الرهن ، وحاصله أن الإصلاح لا يعد جولانا .

قوله : وإزالتها ، الاولى وإزالته ، أي البنيان .

قوله : منه ، لعله منها ، وذكر باعتبار الرهن كما قيـل في نظيره في قوله تعالى : ﴿هذا ربي﴾ ، فإنه ذكر باعتبار الفرض والله أعلم .

قوله : ولا يتمانعان في إصلاح العين ، يعني لا يتداركان ذلك والله أعلم .

قوله : وفي بعض الآثار الخ ، لعله ساقه للمقابلة ، وإلا فمقتضى قوله يتمانعان

فغرس فيها غروساً بغير إذن المرتهن ، قال : يأخذه المرتهن أن ينزع تلك الغروس،وأما إن كان المرتهن هو الذي غرس فيها غروساً والغروس التي غرس فيها إنما نزعها من تلك الأرض المرهونة ، فإن المرتهن يبيعها كلها مع الأرض ، وأما إن غرس فيها المرتهن غروساً قد نزعها من غير تلك الأرض ، فإنـــه يبيع الأرض ولا يبيع الغروس ، وذلك لأن الغروس لم تكن من الرهن ، وأما إن نزع المرتهن أو الراهن

الخ أن يدرك كل منهما على صاحبه النزع ، اللهم إلا أن يقال : مـا تقدم من التمانع قبل الوقوع وهذا بعده فيكون المراد إفادة حكم آخر ، وهو الظاهر ، والله أعلم ، فليحرر .

قوله : قال يأخذه المرتهن أن ينزع تلك الغروس ، الظاهر أنه إنما يدرك عليه ذلك مع أن ملكه لم يزل عن الرهن،لئلا تجول يده في الرهن، والظاهر أنه لو لم يأخذه على ذلك انفسخ الرهن والله أعلم ، فليحرر .

قوله : يبيعها كلها مع الأرض ، يعني لكونها منها .

قوله : فإنه يبيع الأرض ولا يبيع الغروس الخ ، يعني لكونهـا له حيث أدخلها من خارج كما تقدم ، وظاهره أن الرهن لا ينفسخ مع أنه استنفع به حيث كانت الغروس له ، ولعله مبني على المرجوح من أن الرهـــن لا ينفسخ باستنفاع المرتهن والله أعلم ، فليحرر .

قوله : ولا يبيع الغروس ، يعني مع الرهن ، وإما وحدها بعد أن يتراضيا مع الرهن فلا منع ، وقد تقدم في باب بيع البراءة ما يشعر بكيفية التراضي والله أعلم ، فليراجع .

من أرض الرهن غروساً فغرسها في أرضه ، فإنها تكون رهناً مع الرهن لأنها معينة فهي مـــع الرهن ، وإن أراد المرتهن أن يبيع الرهن فإنه يبيعه دون ما نزع منه ، إذا كان يجد كفاف ماله لأن هذا شيء منفصل عن الرهن ولو كان منه ، وإن لم يجد كفاف ماله فليبعها مع أرض الرهن والله أعلم .

وكذلك أيضاً لا يجوز للراهن في الرهن بيع ولا هبة ، ولا صداق ولا كراء ، ولا قسمة ، إذا كان له فيه شريك رهن معه شريكه أو لم يرهن ، لأن هذه الأفعال توجب تسليم الرهن ، والتسليم لا يصح مـا

قوله : فليبعها مع أرض الرهن ، يعني ويجعل نقله لتلك الغروس من أرض الراهن إلى أرضه ، رضي منه بإدخال الضرر على نفسه ، وظاهره أن الحكم كذلك قولاً واحداً ، ولا يجعل بمنزلة الغاصب للبذر ، فيجري فيـه الخلاف كأنه صار متطوعاً والله أعلم .

قوله : ولا كراء له ولا قسمة الخ ، أما الكراء فإنه وإن امتنع منه الراهن فإنه يجوز للمرتهن عند الربيع ، وأما القسمة فكما لا يجوز للراهن ، لا يجوز للمرتهن على ظاهر كلامه فيما سيأتي،حيث جوزت للمرتهن قسمة الثمار دون الأصول وفي منـع قسمة الاصول على الراهن والمرتهن ضرر على الشريك إذا طلب ذلك ، والضرر لا يحل، والله أعلم .

قوله : لأن هذه الافعال توجب تسليم الرهن الخ ، هذا التعليل ظاهر بالنظر إلى البيع والهبة والصداق دون الكراء والقسمة ، أما عدم ظهوره بالنظر إلى

دام معقولاً بحق المرتهن ، وإذا بطل التسليم فيـــه تقدَّم حق المرتهن بطل الفعل الموجب للتسليم فيه بعد ذلـك والله أعلم .

وأما إذا كان الرهن عبداً أو أمة ، فأعتقه الراهن أو دبّره جاز عتقه وتدبيره إذا كان في قيمته فضل عن الدين الذي رهن فيه، ويرجع المرتهن على الراهن بحقه ، وإن لم يكن في ثمنه فضـل على الدين الذي رهن فيه فلا يجوز عتقه إياه ولا تدبيره إلا إنْ فكه بعد ذلك باستيفاء المرتهن عنه دينه ، أو أبرأ به إياه أو انفساخ الرهن من يده ، فإنه يلزم

الكراء فلأنه يقتضي منعه مطلقاً ، مع أن مذهب الربيع رحمه الله ، جواز ذلك من المرتهن ، وأما بالنظر إلى القسمة فإنه ليس فيها ما يوجب تسليم الرهن، غايته أن الحصة كانت شائعة فصارت معينة ، والظاهر أن الأولى في التعليل بالنظر إلى الكراء والقسمة أن يقول مثلاً : لئلا تجول يد الراهن في الرهن فيبطل . وهذا التعليل في الحقيقة شامل للجميع والله أعلم .

قوله : ويرجع المرتهن على الراهن بحقه ، هذا ظاهر إذا كان له مال غـــير ذلك العبد أو تلك الأمة يرجع به عليه ، وأما إذا لم يكن له غير ذلك ، فإنه ينظر ما الحكم فيه ، والظاهر أنه لا يصح ذلك العتق لتقدم تعلق حق المرتهن بالرهن ، ويدل له قوله بعد ذلك رحمه الله : وكذلك إن باعه المرتهن في دينه إن لم يكن مراده هذه المسألة ، ويحتمل أن يكون صحيحاً حيث كان فيه الفضل مطلقاً ، لتشوق الشارع للحرية ، ويكون الدين في ذمته إلى الايسار ، وهو المتبادر من كلامه رحمه الله ، ثم رأيت في آخر كلامه رحمه الله على القول الثاني ما يؤيد الإحتمال الأول والله أعلم ، فليحرر .

الراهن عتقه الذي اعتقه أول مرة وتدبيره ، وكذلك إن باعه المرتهن في دينه ، فلا يعتق إلا إن دخل في يد الراهن بعد ذلك بوجه من وجوه الأملاك ، فيلزمه عتقه الأول فيه أو تدبيره ، لأن العلة التي بها منع العتق فيه تقدم حق المرتهن فيه وإحاطته به ، فإذا زالت العلة ودخل ملكه وجب العتق فيه ، فإن قال قائل : فكيف يجوز عتق الراهن فيه ولا يجوز بيعه فيه ولا هبته ولا قسمته؟، قيل له :أجزنا عتق الراهن فيه ، إذا كان فيه فضل على الدين من قبل أن العتق لا يتجزأ ، أو فعل الشريك فيه ماض بدليل قوله ﷺ : (من أعتق شقصاً له في عبد قوّم عليه)[1] ، وكذلك من عتقه كله على هذا المعنى ، والهبة والبيع والصداق بخلاف ذلك ، وعلى أن الفضل في الرهن غير معلوم ، والشيء المبيع أو الموهوب أو المصدوق أو المقسوم من شرط جوازه أن يكون معلوماً ، بخلاف

قوله : وكذلك إن باعه المرتهن في دينه ، يعني فيما إذا لم يكن فيه فضل أو كان فيه فضل وكان المدين معسراً على ما يفهم من كلامه آخراً وإن كان ظاهراً في غير مسألة الفضل والله أعلم ، فليحرر .

قوله : أو المصدوق الخ ، فيه أنه سيأتي بعد بقليل أن الجهل في الصداق لا يضر .

قوله : أو المقسوم الخ ، يتأمل كيف يتأتى كون المقسوم ناظر إلى الفضل

(١) تقدم ذكره .

العتق ، فإذا لم يكن في قيمة العبد المرهون فضل عن الدين ، لم يجز عتق الراهن ولا تدبيره لتعلق الدين به على الإحاطة ، أصله إحاطة الدين بتركة الميت ، ومنهم من يقول : إذا أعتق الراهن العبد الذي في الرهن أو دبره جاز عليه تدبيره وعتقه ، وإن لم يكن في ثمنه فضل على الدين الذي رهن فيه . ويرجع المرتهن على الراهن بدينه والله أعلم . ويدل على هذا من قائله : أن جواز عتق الرهن للعبد إذا كان موسراً ، لأجل أن

في الرهن لأنه ليس هو المقسوم حتى يلزم أن يكون مجهولاً ، فلا تصح القسمة ، بل المقسوم إنما هو الشيء المعين للشريك المرتهن نصفه مثلاً ، غايته أن تلك التسمية شائعة فتصير بالقسمة معينة ، وإلا لم يجز على هذا قسمة شيء ، لعدم تعيين الحصة وهو باطل ، فالظاهر أن الأولى في التعليل أن يقول مثلاً ، لئلا تجول يد الراهن في الرهن كما تقدم ، وإنما اغتفر في العتق ، لتشوف الشارع إلى الحرية والله أعلم . ويحتمل أن المراد القسمة بالنظر إلى الفاضل عن الرهن ليحوزه الراهن مثلاً ، بأن يقسم الشيء على ستة مثلاً ، فيأخذ المرتهن إذا كان شريكاً ثلاثة أسهم مثلاً ، ويأخذ أيضاً سهمين من جهة الرهن ، ويأخذ الراهن سهماً ، فلا تجوز هـــذه القسمة لعدم تحقق الفاضل ، وكذلك إذا كان الشريك غير المرتهن ، فلا يقاسمه الراهن بالنظر إلى الفضل لعدم تحققه إذا قلنا بجواز رهن التسمية عند غير الشريك ، وعلى كل تقدير فالجهل إنما هو بالنظر إلى مـا يقسم بسببه لا إلى المقسوم والله أعلم فليحرر .

قوله : إذا كان موسراً ، لعل التقدير باليسر أخذه من قوله : ويرجع المرتهن على الراهن ، لأن ذلك يقتضي أن يكون له مال يرجع به عليـه ، إن لم يكن ساقطاً من النسخة في نقل كلام صاحب القول فليراجع .

المرتهن يرجع عليه بماله ، فإذاكان معسراً لم يجز عتقه،لتعلق حق المرتهن بالرهن تعلقاً لازماً. وإذا رهن رجل لرجل فداناً معروفاً ثم تزوج الراهن امرأة وأصدقها نصف ماله في الأصل ، فلا تدخل المرأة فيه بصداقها إذا لم تكن فيه زيادة عن مال المرتهن ، لأن حق المرتهن متقدم فيه ، إلاّ إن غرها عند النكاح وتزوجها على ذلك الفدان ولم تعلم أنه في الرهن، فلها العوض ـ فكه أو لم يفكه ـ وهو عوضه إذا فكه،وإن علمت أنه في الرهن فلا تدخل إلا فيما زاد عن مال المرتهن ، ولا يضر الصداق إن كانت الزيادة مجهولة بخلاف البيع ، لأن الصداق المقصود به المكارمة ، فجاز

قوله : فلا تدخل إلا فيما زاد ، ينظر ما الحكم إذا علمت ولم توجد الزيادة فليراجع .

قوله : ولا يضر الصداق الخ ، يعني فلا تكون كالتي لم يسمّ لها الصداق أصلا ، ولا ترجع بسبب ذلك إلى مهر المثل والفقر ، وهو الذي يحكمه الحاكم.

قوله :لأن الصداق المقصود منه المكارمة ،رجع رحمه الله في الصداق قصد المكارمة على العوضية ، وإلا فقد تقدم أنه جمع بين الشيئين والله أعلم . والظاهر ـ والله أعلم ـ أنه لا منافاة بين هذا الكلام ، وقوله أولاً : من شرط جوازه أن يكون معلوماً ، لأن هذا محمول على ما إذا كان المراد من الصداق مكارم الأخلاق، وما تقدّم محمول على ما إذا كان المراد منه العوضية ، كما ذكروا في رد الصداق بالعيب وعدم ردّه ، ويمكن الجمع بينهما أيضاً بأن يحمل ما تقدم على أن معناه من شرط جوازه أن يكون معلوم الوجود والتحقق ، وإن كان مجهول القدر بالنظر إلى الصداق ، ويحمل ما هنا على أن معناه أنه يجوز الجهل في قدره ، بعد العلم

فيه الجهل، والبيع المقصود به المساومة والمشاححة ، فلم يجز فيه الجهل ، ويجوز للمرتهن أن يبيع الرهن جميعاً إذا اشترط ذلك عند عقدة الرهن ، ويكون نصف ثمن ما بقي بعد وفاء دينه للمرأة ، وإن لم يشترط ذلك فلا يبيع منه إلا بقدر حقه ، وأما المرتهن فلا تدخل امرأته في الرهن الذي في يده ولا في ثمنه ، لأنه ليس بمالك له ، وإنما هو ثقة بيده ، والله أعلم وأحكم .

بوجود أصله، والحاصل أن ما تقدم مشكوك في أصله فبطل ، وهذا مشكوك في قدره مع القطع بوجوده فجاز بالنظر إلى الصداق بما ذكر .

قوله : فلم يجز فيه الجهل ، أي بوجه من الوجوه .

قوله : ولا في ثمنه ، وأما الدين الذي يقضيه من ذلك الثمن مثلا ، فإن الظاهر أنها تدخل فيه ، لأنه من جملة ماله ، وهذا ظاهر إذا حل أجله ، وأما إذا لم يحل أجله ، فإنه ينظر هل تدخل فيه لأنه من جملة تعلقاته وترثه الورثة مثلا ؟ أو لا تدخل حيث لم يجز له بالشرع أخذه ، فكأنه غير مالك له بدليل أنه لا يزكى عليه ؟ والظاهر الدخول ،وإلا لقال : ولا فيما رهن فيه إذا لم يحل الأجل والله أعلم فليحرر .

باب فيما يكون على الراهن

من الحقوق في الرهن

وبالجملة إن على الراهن جميع مؤونة الرهن وما يحتاج إليه لأنه مالكه وصاحبه، لقوله عليه السلام: (لصاحبه غنمه وعليه غرمه)[1]، وتفصيل ذلك إذا كان الرهن أصلاً وفيه ثمار، فعلى الراهن صرامها وإيصالها الى المرتهن بنفسه أو بماله من غير المرهون، سواء كانت الثمار مع الرهن أو حدثت بعده، كان الفضل في الرهن عن حق المرتهن أو لم يكن، وكذلك أجرة الحراس الذين يحرسون ذلك. فهي من مال الراهن وليس ذلك من الرهن، وكذلك ما يأخذه السلاطين الجبابرة من الخراج من تلك الثمار أو من الأشياء المرهونة، فهي من مال الراهن، إلا إن كان المرتهن هو الذي

باب فيما يكون على الراهن من الحقوق في الرهن

قوله: من مال الراهن، بمعنى أنه ذهب ذلك عليه مصيبة نزلت بماله،

---

(١) تقدم ذكره

أعطاهم إياه فهو من ماله ، وإن أخذوه بأنفسهم دون الراهن والمرتهن فهو من مال المرتهن على قول بعض العلماء ، وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله ، وكذلك زكاة الرهن أيضاً على الراهن يعطيها من ماله ولا يعطيها من الرهن ، لأنه هو المخاطب بها ، ومثل ذلك أيضاً : إذا كان الرهن حيواناً ، فعلى الراهن علفه ورعيه إن شاء رعى وإن شاء علف . ولا يمنعه المرتهن من إخراجه الى الرعي في المواضع التي يرعى

وليس المراد أنه يدفع ذلك من ماله كا في زكاة الرهن ، أو يدفع عوض ذلك ، يحبس مع الرهن والله أعلم .

قوله : زكاة الرهن ، يعني وأما زكاة ما يخرج منه كالثمار ، فإن الظاهر أنها تخرج منه ، خصوصاً إذا لم يكن له ثمار غيرها ، لأن القاعدة أن زكاة المال منه وهي في الحقيقة قدر زائد على الرهن ، إلا أنها تحبس معه لأنها كالرهن السخري ، ولا تباع معه ولا يذهب المال بذهابها عند بعضهم على ما تقدم ، ثم الظاهر أيضاً من كلامه رحمه الله أن زكاة الرهن على الراهن مطلقاً ، سواء كان مما تخرج منه كالأنعام ، أو مما تخرج من غيره كالحلى ، أما الثاني فظاهر ، وأما الأول ففيه تأمل إذا لم يكن له غير تلك الأنعام المرهونة والله أعلم فليحرر . لكن لا حظّ للنظر مع وجود الأثر .

قوله : لأنه هو المخاطب بها ،لقائل أن يقول : لا يلزم من كونه هو المخاطب بها ، أن يدفعها من غير ذلك المال ، خصوصاً إذا لم يكن له مال غير ذلك ، لأن أرباب الأموال خوطبوا أن يدفعوا زكاة المال منه ، لكن لاحظ للنظر مع وجود الأثر والله أعلم . والمناسب للتعليل أن يقول : لما في دفعها من الرهن من الضرر على المرتهن ، ولأن الرهن محبوس في مال المرتهن والله أعلم .

فيها مثله من الناس ومثل ذلك أيضاً إذا كان الرهن عبداً أو أمة أو حيواناً فما احتاج من ختانة أو حجـــامة أو ظفر أو جلال أو دهن أو شيء من الأدوية التي لا يستغنى عنها ، فجميع ما ذكرنا على الراهن من مـــاله ، ومثل ذلك إذا كان الرهن عبداً أو أمة ، فمن احتاج منهما الى النكاح فهو على الراهن دون المرتهن والمسلط ، وكذلك طلاقهما وفداؤهما ومراجعتهما بيد الراهن دون المرتهن والمسلط ، وكذلك كفنهما ودفنهما إذا ماتا ، وإن تلف جميع ما ذكرنا من الثمار والحيوان ، أو ما أفسد ذلك الحيوان في أموال الناس في يد الراهن من قبل أن يوصله الى المرتهن ، فهـو من مـــال الراهـن إذا ضيعـه ، وإن لم يضيعـه فهو من مال المرتهن ، وسيأتي شرح هذا في بابه إن شاء الله . وبالجملة إن على الراهن جميع ما يحتاج إليه الرهن وجميع ملازمه وجميع مضراته التي

قوله : أو ظفر ، لعل المراد به الجليدة تغشى العين ، فيكون على حذف مضاف ، قال في الصحاح : والظفرة بالتحريـك جليدة تغشى العين ، ناشئة من الجانب الذي يلي الأنف على بياض العين إلى سوادها ، وهي التي تقال لها ظفر عن أبي عبيدة ، وقد ظفرت عينه بالكسر تظفر ظفراً ، ويحتمل أن يكـون المراد به ضفر الشعر ، فيكتب بالضاد والله أعلم .

قوله : فمن احتاج منهما إلى النكاح فهو على الراهن ، يؤخذ من هذا أنه يجب على السيد أن يزوج من طلب النكاح من ارقته ، حيث جعل هذا من جملة الحقوق التي تكون على الراهن ، وهذا ظاهر إذا كان موسراً والله أعلم . اللهم إلا أن يقال : إما أن يزوجه أو يبيعه ، حيث كان حقاً عليه والله أعلم .

يؤخذ بنزعها من حائط مائل أو شجرة مائلة وما أشبه ذلك ، وتفصيل ما ذكرنا لا تخلو المضرة أن تحدث على الرهن من قبل غيره ، أو تحدث على الغير من قبل الرهن . فإذا حدثت على الرهن من قبل أحد من الناس أو من قبل الله ، مثل ما ينبت من الشجر أو هدم البنيان أو ما أشبه ذلك ، فإنه يدرك نزعها على الذي أحدثها وأحدثت من قبل ماله من شاء منهم من الراهن والمرتهن والمسلط ،لتعلق حق المرتهن في الشيء المرهون،ولهذا المعنى يتداركون نزوعها أعني الراهن والمرتهن أو المسلط أيهما أحدثها على الرهن أدرك عليه صاحبه نزوعها ، وكذلك المسلط وكذلك بيت الكراء على هذا المعنى إذا أحدثت عليه مضرة ، فإنه يدرك نزوعها أيهما شاء ، رب البيت أو المتكاري لتعلق حق التكاري في البيت ، إلا أن تكون مضرة لا تضر المتكاري في مدة الكراء نحو الغروس الصغار يدرك نزوعها صاحب البيت المتكاري ويتداركان نزوعها صاحب البيت

قوله : من قبل ماله ، أي مال الذي أحدث ، وذلك كنبات فرع شجرة في أرض الرهن .

قوله : من شاء منهم ، فاعل يدرك .

قوله : نزوعها ، لعله نزعها كما عبر به أولاً ، لأن النزوع مصدر نزع عن الأمر نزوعاً إذا انتهى عنه ، فهو مصدر اللازم كقعد قعوداً ، وما نحن فيه فهو مصدر المتعدي من قولهم : نزعت الشيء نزعاً ، أي قلعته ، كما يشعر بذلك كلام الصحاح.

والمتكاري أيهما أحدثها أدرك عليه صاحبه نزوعها كما ذكرنا في الراهن والمرتهن ، وأما بيت العارية فيدرك نزوع المضرة إذا أحدثت عليه صاحبه دون الساكن فيه بالعارية ، لأنه لا حق له فيه من جهة الوجوب ، إلا بإذن صاحبه ، وإن أتى على هذه المضرة حال ما تثبت نحو السنين والثمار أو ما أشبه ذلك ، إلا أن يكون الراهن أو صاحب بيت الكراء والعارية غائباً أو طفلاً أو مجنوناً قبل حدوث تلك المضرة ، فإنها لا تثبت على هذا الحال ، ولو كان المرتهن أو المسلط أو المتكاري أو الساكن في بيت العارية حاضراً ، لأن ثبوت المضرة متعلق الى سكوت من حضر

قوله : من جهة الوجوب ، يعني لا يجب له ذلك في البيت حق بخلاف المرتهن والمكتري .

قوله : أو الثمار ، يعني إذا كانت المضرة الحادثة شجرة وسكت من حدثت عليه ، حتى أثمرت ثبتت .

قوله : أو ما أشبه ذلك ، كالإجازة مثلاً .

قوله : أو طفلاً ، إنما يصير الطفل راهناً بأن يرهن مثلا والده فيموت ، أو الخليفة ، والظاهر أن الطفل مثلا له التغيير بعد البلوغ ، ولو رضي الخليفة بذلك ، ولعله إذا لم يكن فيها مصلحة والله أعلم .

قوله : قبل حدوث الخ ، هذا قيد في المجنون والغائب .

إذا كان ممن يجوز تجويزه لتلك المضرة ، لأن سكوته يدل من تجويزه لتلك المضرة ، والمرتهن والمتكاري والساكن بالعارية ليس لهم من ذلك شيء ، ولا يضر حضورهم مع غيبة صاحب الشيء ، كما لا تنفع غيبتهم مع وجود صاحب الشيء ، وإنما يجوز نزوعها لهما لتعلق حقوقهما في ذلك الشيء الحادث عليه المضرة ، وأما إذا حدثت على الغير من قبل الرهن أو قبل بيت الكراء أو بيت العارية ، فإنها إذا حدثت ولم يحدثها أحد منهم ، أو حدثت من قبل الراهن أو صاحب البيت ، فإن الراهن أو صاحب البيت هما اللذان يؤخذان على نزوع تلك المضرة لأنهما المالكان

قوله : إذا كان ممن يجوز تجويزه لتلك المضرة ، يعني بعد الخلوص من الرهن والكراء مثلاً كما هو معلوم .

قوله : ليس لهم من ذلك ، أي من التجويز ، وأما الإنكار فقد تقدم .

قوله : كما لا تنفع غيبتهم مع وجود صاحب الشيء ، الظاهر أن هذا بالنظر إليه إذا سكت أو أجاز أولاً ثم أراد بعد ذلك التغيير ، وتعلل بغيبة هؤلاء مثلاً ، فإنه لا ينفعه ذلك ، فقد ثبتت عليه إذا رضي بها هؤلاء بعد غيبتهم مثلاً ، وأما إذا قدم هؤلاء بعد رضاء صاحب الشيء بالمضرة ، فإنه لهم التغيير لتعلق حصتهم بذلك الشيء كما ذكره رحمه الله ، لكن ينظر إذا أزالها المرتهن أو المتكاري ثم عاد الشيء إلى صاحبه ، هل تثبت أو لا ؟ والظاهر المنع ، وليس ذلك بمنزلة العتق لتشوف الشارع إلى العتق والله أعلم ، فليحرر .

قوله : لهما ، أي المرتهن والمتكاري .

للشيء الذي من قبله المضرة، ولا يؤخذان بذلك المرتهن ولا المسلط ولا المتكاري ولا المستعير إلا إن أحدثها أحد هؤلاء ، فإنه يؤخذ بنزوعها لإحداثه المضرة ، ويؤخذ أيضاً صاحب الشيء لأنه المالك . وفي الأثر : وإن كان الرهن عبداً أو أمة أو حيواناً ، فضيع الراهن نفقته وكسوته وعلفه وامتنع الراهن لذلك أو هرب منه فأنفق المرتهن على الرهن من ماله وكسا وعلف ، فله أن يأخذ جميع ذلك من ثمن الرهن إذا باعه إذا لم يرد عليه الراهن ، وإن لم يكن في الرهن زيادة عن حقه، فليتبع الراهن ويأخذ من عنده والله أعلم، وكذلك فيما يوجبه النظر صرام الثمار وضمها.

وفي الأثر : ومن رهن لرجل نخلاً أو غيرها من الأشجار ، فأعطى المرتهن أجرة من يصرمها ، أو من يحملها إلى البيت ، فتلفت الغلة مع الشجر ، فقد ذهب الرهن بما فيه ، ويرد عليه مثل الأجرة التي أعطى على الرهن ، والأصل في ذلك أن جميع ما يحتاج إليه الرهن مما يكون فيه هلاكه عند الترك ، إذا فعله المرتهن بماله عند امتناع الراهن من ذلك

قوله : فأعطى المرتهن أجرة من يصرمها الخ ، ظاهره أنه يدرك عليه ذلك وإن كان حاضراً ، ولم يمتنع حيث أطلق ، لكن كلام المصنف رحمه الله أولاً وآخراً يدل على أنه لا بد من الامتناع أو الغيبة مثلاً ، والله أعلم .

قوله : عند امتناع الراهن من ذلك ، يعني وأما إن لم يمتنع ، فإنه لا يدرك شيئاً ويعد متطوعاً ، ومثل الامتناع الغيبة .

فإنه يدركه عليه ، فإن قال قائل : فإذاً على هذا المعنى مداواة الأمراض والجراح ومفاداته من العدو ، إذا فعله المرتهن بعد امتناع الراهن يدركه عليه ، قيل له : فالله أعلم ، إنما يمكن هذا على قول من جعل الرهن بيد المرتهن ثقة بماله لا يتعلق به حق ضمان ، إلا ما كان من سببه،

قوله : بيد المرتهن ثقة بماله لا يتعلق به الضمان ، يؤخذ من هذا أن من بيده أمانة أو عارية مثلاً ، وفداها من العدو أو نجاها من الهلاك بماله ، أنه يدرك ذلك على صاحب الأمانة والعارية ، وانظر من نجى مال غيره ، إذا لم يكن بيده شيء من ماله على أن يرجع على صاحب المال ، هل يدرك ذلك أو يعد متطوعاً أو ذلك أمر واجب عليه ؟ والله أعلم ، فليحرر. فإنه قد ابتلي بذلك كثير ممن حضر لموت أحد ببلاد أهل الخلاف ، قاتلهم الله ، ثم رأيت في كلامه رحمه الله فيما سيأتي ما يدل على أنه يدرك ذلك ، فيما بينه وبين الله ، وأما في الحكم ، فيعد متطوعاً حيث قال ، فيما يتعلق بفداء الرهن : وكذلك غيرهما من الناس إن فداه محتسباً لذلك ، فإنه يدرك ذلك فيما بينه وبين الله دون الحكم لأنه يمكن أن يكون متطوعاً لذلك والله أعلم . انتهى ، لكن يؤخذ من قوله : لأنه يمكن أن يكون متطوعاً ، أنه إذا أشهد على أنه ليس متطوعاً ، وأنه إنما دفع ذلك ليرجع به على صاحبه مثلا ، أنه يدرك ذلك في الحكم أيضاً والله أعلم . ثم رأيت أيضاً في كلامه رحمه الله ، فيما يتعلق بتكفين الميت في آخر كتاب الصلاة ، ما هو صريح في هذا حيث قال : وإن لم يكن من أوليائه أحد فعلى من حضره أن يكفنه ، وإن لم يجدوا كفنه إلا بجميع أموالهم ، وإن أشهدوا على أنفسهم أنهم يأخذون قيمة كفنهم من مال الهالك فإنهم يدركونها، وإن لم يشهدوا على ذلك فليس لهم أن يأخذوها من مال الهالك بغير رأي الورثة ، وأما فيما بينهم وبين الله فجائز لهم أن يأخذوا ، انتهى .

وأما من جعل الرهن بما فيه فكيف يدرك المرتهن على الراهن شيئاً تعلق ضمانه به ، وعلى أن مداواة الأمراض والجراح ، فيه ما فيه ، لأنه ممكن النفع فيه ، وكيف يحكم الحاكم بشيء ممكن ، والنافع على الحقيقة هو الله .

قوله : تعلق ضمانه به ، يعني بأن يجعل مصيبة نزلت بماله .

قوله : بشيء ممكن ، أي لا بد أن يكون محققاً .

باب فيما يكون على المرتهن

من الحقوق في الرهن وما لا يجوز له وما يجوز

أول ذلك على المرتهن حرز يحرز الرهن كيف شاء، وعليه الموضع الذي يكون فيه ، وأشكال الحيوان وقيودها ، لأن هذا من تمام الحرز لقوله تعالى: ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ ،ويجوز للمرتهن أن يحرزه عند زوجته،

باب فيما يكون على المرتهن

قوله : وما لا يجوز له ، وما يجوز لم يتكلم عليهما في هذا الباب ، بل عقد لكل واحد منهما باباً ، فالأولى إسقاطهما ، ولعله لما طال الكلام على ما يكون للمرتهن بوب لكل منهما والله أعلم .

قوله : عند زوجته الخ ، فائدة ذلك أنه إذا ضاع وكان فيه فضل أنه لا يطالب به ، لأنه ليس بمتعد حيث أحرزه كما يحرز ماله ، ويؤخذ منه أنه يجوز للرجل إذا كانت عنده أمانة ، أن يحرزها عند زوجته إذا علم أمانتها في الاموال ، ويدل على ذلك قول ابن وصاف رحمه الله : ومن استودع وديعة وأودعها غيره ، فعليه الضمان سواء زوجته أو سريته والله أعلم .

إذا لم يعلم لها الخيانة لأموال الناس كما يحرز عندها ماله ، وكذلك يجوز عند الأمين ويحمله معه في السفر إن أراد ، وذلك كله عليه حرزه يحرزه كما يحرز ماله كيف شاء ، وكذلك أيضاً على المرتهن رد الرهن إلى الراهن ، إن انفسخ من يده بوجه من الوجوه ، مثل إن تبرأ منه أو وضع حقه على الراهن ، أو استوفى منه دينه ، أو وهب دينه ذلك لرجل آخر أو حوّله الراهن على من كان له عليه دينه ، فإنه في هذا كله ينفسخ

قوله : مثل إن تبرأ منه ، هذا على القول : بأنه ينفسخ بذلك كما تقدم ، أو يحمل على ما إذا رضي بذلك صاحبه والله أعلم .

قوله : أو وضع حقه على الراهن ، أنظر هل ينفسخ مطلقاً أو إذا قبل منه الراهن ذلك ، والظاهر أنه يجري فيه الخلاف .

قوله : أو وهب دينه ذلك ، يؤخذ منه جواز هبة الدين ، وظاهره ولو لم يرض المدين وأنه ليس بمنزلة الحوالة وفيه تأمل ، وانظر هل لصاحب الدين الرجوع قبل قبضه عند من يشترط في الهبة القبض ، أو ليس له ذلك ويجعل تعين صاحبه بمنزلة القبض ، وظاهره أيضاً أنه يجوز ذلك ولو لم يحل الأجل ، وإنما انفسخ إذا وهبه ، لأن الرهن أصل أخذه يقتضي حبسه بيد المرتهن دون غيره ، والمرتهن لا حق له حينئذ ، وأما في الحوالة فإن الرهن إنما أخذه عما في ذمة الراهن ، وقد برئت بالتحويل والله أعلم . ثم رأيت في كلام الشيخ إسماعيل رحمه الله في باب مظالم الفروج ما يدل على جواز الرجوع في الهبة دون الإبراء ، حيث قال في الصداق : ويجب على الورثة بموت الزوج إن لم يتخلص منه في حياته إلى الزوجة ، إلا إن وهبته له بطيبة نفسها ، ولم ترجع فيه بعد

الرهن ، وعلى المرتهن رده إلى الراهن، سواء كان الرهن له أو لغيره مثل إن استعاره من غيره ، ثم رهنه بإذن صاحبه ، فإنه يرده لمن جعله في يده دون مولاه ولو علم ذلك ، لأنه ليس بخصيم لصاحب الرهن في ذلك ، وهذا في الحكم ، وأما فيما بينه وبين الله إذا علم أن الرهن له فلا بأس أن يدفعه له إذا طلبه ، وهذا ما دام الرهن حياً ، فإذا مات فليدفعه إلى صاحبه دون ورثة الراهن، لأن ورثة الراهن ليس لهم فيه شيء، ولم يجعلوه في يد المرتهن فلا يجوز له أن يدفع لهم ما ليس لهم، ويقطعه عن مالكه. وأما الوالد إذا رهن شيئاً من مال ولده في حاجته ، فانفسخ الرهن من يد المرتهن بوجه من الوجوه، فإنما على المرتهن أن يرده إلى الوالد الذي جعله في يده دون الولد ، ما دام الولد حياً ، فإن مات الوالد فليرده إلى الولد المنزوع

ذلك أو تبرأت منه إلى زوجها من غير أن يضر بها أو في نفسها ولا مالها الخ، فذكر الهبة جواز الرجوع والله أعلم ، فليحرر. ولعله ماش على القول : بأن الهبة لا تلزم إلا بالقبض ، أو ان هذا خاص بالزوجة والله أعلم .

قوله : مثل إن استعاره من غيره ثم رهنه بإذن صاحبه ، الظاهر أن القيدين مرادان ، فإذا عدم أحدهما فإنه يرده لصاحبه كما يعلم مما تقدم والله أعلم .

قوله : ليس بخصيم لصاحب الرهن ، بل خصمه الراهن .

قوله : فإنما على المرتهن أن يرده إلى الوالد الخ ، يعني في الحكم وفيما بينه وبين الله ، ليفارق المسألة الأولى ، ولذلك فصلها بقوله : وأما الوالد الخ .

منه وإلى ورثته من بعده دون ورثة الوالد ، إلا أن يكون الولد مات قبل موت والده فورثة الوالد أولى من ورثته على هذا الحال والأصل في هذه المسألة أن الوالد إذا أخذ شيئاً من مال ولده لحوائجه فما لم يتصرف فيه

قوله : فما لم يتصرف فيه فهو موقوف على الولد ، قال أبو زكرياء رحمه الله في كتاب الأحكام بعد ذكر هذه المسألة وتفصيلها : ووقع الإختلاف إذا باعه ولم يصرف ثمنه في حوائجه ، فظاهر كلامهما رحمهما الله أنه يجوز للوالد الإنتزاع من مال ولده ، وأنه لا يرد فعل الأب في مال ولده ، ولكن ذكر أبو زكرياء قبل ذلك ما يخالف هذا بحسب الظاهر حيث قال : وإذا كان لرجل على أبيه دين ، فمات أبوه وترك غرماء غيره ، فإنه ينزل مع الغرماء فيما ترك من المال ، سواء كان دينه من سبيل المعاملات ، أو من سبيل التعديات الخ ، فانظر كيف جعل الأب متعدياً في مال ولده ، حتى أدرك ذلك في تركته ، ألّلهم إلا أن يقال : أخذ الوالد من مال ولده على وجهين : تارة يأخذه على جهة الإنتزاع ، ويشهد على ذلك ، فهذا لا يدرك عليه ولا في تركته ، إلا إن تركه بعينه أو ترك ثمنه عند بعضهم ، وتارةً يأخذه على جهة التعدي ، لا على جهة الإنتزاع والإشهاد به ، فهذا ينزل به مع الغرماء ، ويدركه في تركته والله أعلم . وذكر عمنا أحمد الشماخي رحمه الله ، في (كتاب السير) ما يدل على الإبن يدرك أباه بماله ، حيث قال عند التعريف بأبي زكرياء يحي بن ويجمين رحمه الله ما نصه : وذكر أن رجلا ممن ينتحل الفتوى لإبنه عليه دين ، فماطله فدعاه إلى المشايخ ، وفيهم أبو زكرياء ، فحكموا عليه بالدفع فحبسوه وأخرجوه إلى الخطة ، فسمع ماكسن فقال: على ما يسجن ؟ قال أبو زكرياء : حكم بها أبو عبد الله ، وحكم بها هذا وأحكم بها ولا يخرج حتى يقضي ما عليه ، أو يسرحه إبنه أبو نوح الخ ، وسيأتي للمصنف رحمه الله في باب الهبات ، بيان الأقوال في ذلك ، وما هو المختار وهو أنه ليس له ذلك فليراجع .

فهو موقوف على الولد المنزوع منه ، لأن المباح للوالد من مال ولده قضاء

قوله : لأن المباح للوالد من مال ولده الخ ، قال في الضياء بعد ذكر الخلاف بين أصحابنا في مال الولد هل للأب أخذه أو شيء منه ما نصه : وليس للوالد أخذ مال ولده ، ولو كان جائزاً ما فرض الحاكم للوالد في مال ولده ، لأن الحاكم لا يفرض لأحد في ماله ، وإنما يفرض له في مال غيره ، ويروى عن النبي ﷺ أنه قال: (كلّ أحق بماله حق الوالد والولد) [1]، ثم قال بعد ذلك: وجائز للوالد أن ينزع مال ولده باتفاق من الفقهاء ، وذهب أصحابنا في هذا إلى قول علي بن أبي طالب ، قالوا : إنه ترافع رجل وابن له ، الإبن يطالب الأب بمال أخذه له ، فحكم على الوالد للولد ، وقال بعد ذلك أيضاً : وأجمعوا أن الأب إذا كان فقيراً محتاجاً ، أن على الإبن نفقته ، وأن لا يلزم إلا كفايته ، فلو كان مال الإبن لأبيه لم يفرض له عليه ويؤمر بالإنفاق ، والخبر المعتل به من أوجب مال الإبن للأب لا يثبت من طريق الحجة ، لأن أكثر ما في الباب أن يجعل حكم مال الإبن حكم الإبن ، وأجمعوا أن الإبن غير مملوك لأبيه ، وإن كان رسول الله ﷺ قد أضافه إليه : وكذلك المال لا يكون ماله ، ولو كان مضافاً إليه ، قال : وأجمعوا أن الأب إذا وطىء جارية الإبن ، أن عليه قيمتها إذا أولدها وقيمة ولدها ، قال : وأجمعوا أن الأب إذا عتق جارية ابنه لم يقع العتق ، ومما يدل أن الولد أملك لماله من والده ، أن الله تعالى فرض للأب ميراثه من ابنه فجعل كوارث غيره ، وقد يكون أقل حظاً من كثير من الورثة ، ففي ذلك بيان أن لا حق له في ماله الخ ، وقال قبل ذلك : ومن أعتق عبد ولده فالعتق ماض وعليه لولده العوض مما أتلف من ماله الخ ، يتأمل هذا الكلام وما فيه من الإضطراب ، وانظر هل يصح فيه الجمع بوجه ؟ أقول: يمكن الجمع بأن يحمل الأول على البالغ ، والثاني على الطفل والله أعلم .

---

(١) رواه الخمسة .

الحاجة فما لم يقض به حاجته فهو موقوف على ولده، ولذلك صار الولد أولى من ورثة الوالد بماله إذا مات الوالد، وإن مات الولد لم تدرك ورثته عند الوالد في ذلك الشيء شيئاً لأن الولد لا يدرك ذلك عند والده فكيف تدركه ورثته من بعده، ولو كان الولد يدرك ذلك في حياة والده لما جاز لوالده أخذ شيء من ماله على هذا الحال والله أعلم. وإن رهن الوالد من ماله في دين ولده الطفل فهو جائز، وعلى المرتهن أن يرد ما بقي من الرهن بعد وفاء حقه أو الرهن إذا انفسخ بوجه من الوجوه، لوالده وعلى ورثته إذا مات، لأن الملك له وهو الراهن لذلك دون الولد

قوله : لا يدرك ذلك ، إنما لم يدركه لأن الوالد له حجة في ذلك ، وهو أن يقول : لي به حاجة ، والله أعلم .

قوله : لأن الملك له ، هذه العلة هي الموجبة للرد له ولورثته بخلاف كونه هو الراهن .

قوله : في دين الطفل ، أي المدين المحدث عنه ، لأن المعرفة إذا أعيدت كانت عيناً .

قوله : والدين له ، لعله والدين عليه ، لأن الطفل هنا مدين لا صاحب دين ، ولعله جعله له لأن الإضافة لأدنى ملابسة والله أعلم .

قوله : إلى ورثته ، الظاهر أن ورثة الطفل محصور هنا بالنظر إلى غير الأب في الأم أو الجدات، فإن قلت: قد يكون متزوجاً؟ قلت: غير البالغ من الأزواج يرث ولا يورث ، لأن النكاح من جانب البالغ مُنبرم ومن جانب غير البالغ محل موقوف إلى البلوغ، كما هو مبين في محله فليراجع ، والله أعلم .

ودون ورثته ، والله أعلم . وأما إن رهن الوالد من مال ولده الطفل في دين ولده الطفل فإنما يرده المرتهن في جميع ما ذكرنا إلى الوالد ، ما دام حياً والولد طفل ، فإذا بلغ الطفل فليرده إليه دون والده لأن الرهن له ، والدين له ، وكذلك إن مات الطفل قبل بلوغه أو بعد بلوغه فإنما يرد ذلك المرتهن إلى ورثته دون الوالد ، إلا ما ينوبه بميراث ، وكذلك الوالد إذا مات فليرده إلى الولد إذا كان بالغاً ، وإلى الخليفة إذا كان طفلاً دون ورثة الوالد ، وكذلك رهن اليتيم والمجنون والغائب يرده المرتهن إلى إلى خلائفهم ما داموا على حالتهم تلك، وإذا قدم الغائب أو أفاق المجنون ، أو بلغ الطفل فهم أولى برهنهم على ما ذكرنا ، والله أعلم . وإن رهن رجل رهناً من مال ولده الطفل في دين كان على ولده الطفل الآخر ، فلا يجوز له ذلك ، لأن الوالد لا يجوز له من مال ولده إلا ما يقضي به حاجته دون حاجة غيره ، لأن ذلك ضرر منه، والضرر لايحل، ومع هذا أيضاً :

قوله : من مال ولده الطفل في دين كان على ولده الطفل الآخر ، ظاهر التقييد بالطفل في المحلين ، أنه لا يصح ذلك في مال البالغين ، لأن تصرفهما ليس بيده ، وليس ذلك في حاجته والله أعلم ، فليحرر .

قوله : فلا يجوز له ذلك ، يعني مع صحة .

إذا فعل الوالد شيئاً من مال ولده فلا يرد فعله عندهم لقوله عليه السلام : (أنت ومالك لأبيك) . ويلزم المرتهن أن يرد الرهن في جميع ما ذكرنا ، إلى الولد الذي له الرهن إذا بلغ، وإلى والده إذا لم يبلغ ، وإلى ورثته إذا مات ، دون الوالد ودون أخيه في حياتهم ودون ورثته إذا ماتوا ، والله أعلم . وعلى المرتهن أيضاً مصيبته لقوله عليه السلام : (الرهن بما فيه) ، وفي كتاب أبي عبد الله محمد بن بركة : واختلف أصحابنا في الرهن إذا ضاع في يد المرتهن فقال بعضهم : لم يرجع أحدهما على صاحبه بشي، زاد الحق على قيمته أو نقص ، وقال آخرون : يترادّان الفضل بينهما، وقال

قوله : فلا يرد فعله عندهم الخ ... الظاهر أن هذا خاص بمال ولده الطفل دون البالغ، كما هو فرض المسألة، وإن كان ظاهر الاستدلال العموم، لأنه مؤوّل كما تقدم عن غير المصنف من أن معناه أنه ينفقه مثلاً ، والله أعلم .

قوله : وإلى ورثته إذا مات ، يعني ولو كان الوالد حياً ، وهذا لا ينافي ما تقدم من أنه إذا مات الولد قبل الوالد فإنه يدفع الرهن لورثة الوالد دون ورثة الولد ، لأن ما تقدم رهن الوالد من مال ولده في دين عليه ، وهذا رهن في دين على ولده الآخر فافترقا ، والله أعلم .

قوله : ودون أخيه ، أي الطفل الذي رهن الوالد في دينه ، لأنه ليس له حق في الرهن .

قوله : وعلى المرتهن أيضاً مصيبته ، يعني إذا لم يشترط أن لا يكون عليه شيء من الآفات ، وهذا هو المعول عليه كما تقدم ، والله أعلم .

آخرون : يرجع صاحب الدين على صاحب الرهن ، وإن زاد كان المرتهن أميناً في الرهن ولا يرجع صاحب الرهن بفضل قيمة الرهن ، وهذا القول عليه جُلّ أصحابنا والعمل ، وحجتهم في ذلك ظاهر قول النبي عليه السلام : (الرهن بما فيه) . فإذا ضاع ذهب منه بقدر قيمة الدين ، فإن زاد كان المرتهن أميناً في الرهن ، وروى أبو معاوية عزان بن الصقر قولاً رابعاً وأحسبه كان اختياره أن الرهن إذا ضاع رجع صاحب الحق على الراهن بجميع حقه ، وأنه أمين في الرهن، وعندي أن حجته في ذلك أن الرهن بيده ثقة بحقه ، كالضامن بالحق ، فالحق يتعلق بالضامن والمضمون ، فذهاب أحدهما لا يبطل الحق، ولصاحب الحق أن يطلبهما جميعاً ، وإن هلك أحدهما رجع بحقه على الآخر ما لم يبره المضمون عنه ، لأن الحق لو كان متعلقاً بالرهن دون الراهن ، سقطت الخصومة بين الراهن والمرتهن ، فلما كانت الخصومة بينهما في الرهن والحق قائم بعينه

قوله : يرجع صاحب الدين على صاحب الرهن ، يعني بما نقص إن كان الرهن أنقص من الدين .

قوله : ذهب منه بقدر قيمة الدين الخ ... هذا إذا لم يشترط كما تقدم .

قوله : في الرهن ، لعله إنما قيد به كما تقـــدم ، من أن الحاكم لا ينصب الخصومة بينهما في الدَّين الذي فيه الرهن ، والله أعلم .

قوله : بعينه ، الظاهر أن المراد به التأكيد وأن الباء زائدة وليست صلة

صحَّ أن الرهن ثقة في يد المرتهن بحقه ، كالأمانة ، وهذا قول يسوغ لمن أخذ به ، فإذا ضاع الرهن من يد المرتهن ولم يكن منه تعمداً فيه لم يجب أن يكون ضامناً ، قال الله جل ذكره : ﴿ ما على المحسنين من سبيل ﴾ ، وإذا حافظ على صاحبه وعلى حقه فقد أحسن في فعله ولم يكن منه ما يستحق اسم متعمد فيه لم يكن ضامناً له ، ويدل أيضاً على هذا القول ، قوله عليه السلام : (لا يغلق الرهن ، لصاحبه غنمه وعليه غرمه)،على معنى، له مادة الرهن،وعليه غرامة الدين أي مصيبته عليه،

لقائم ، وهو بمنزلة قولك : هذا زيد بعينه أي الحق بنفسه قائم ، لم ينتقل من الراهن إلى الرهن ، ويحتمل أن المراد بعين الراهن ، إلا أن المتبادر حينئذ أن يقول : بذمة الراهن والله أعلم ، فليحرر .

قوله : وهذا قول يسوغ لمن أخذ به الخ . ولو من غير اشتراط ، وأما عند الاشتراط فهذا هو المعمول به كما تقدم .

قوله: ولم يكن... إلى قوله... لم يكن ضامناً،لعله وأما لم يكن في الأول أو فلم يكن في الثاني فليراجع .

قوله : ويدل أيضاً على هذا القول قوله عليه السلام : الخ . ينظر ما تأويل الحديث الآخر عندهم وهو قوله عليه السلام : (الرهن بما فيه) فإن هذا القول بحسب الظاهر مصادم له ، أللهم إلا أن يقال : معناه عندهم إذا اشترط الراهن ذلك مثلا والله أعلم ، فليحرر .

قوله : مادة الرهن ، لعله فائدة الرهن بدليل مقابلته بالغرامة .

وعلى مذهب الآخرين ، معنـــى الحديث له زيادة الرهن على الدين ، وعليه نقصانه ، أي ما نقص على الدين ، أو على معنى ، له زيادة الرهن وعليه نفقته إذا كان مما ينفق في تفسير بعضهم ، والذي يوجبه النظر أن مذهب من أوجب ضمان الرهن على المرتهن ، لأنه أخذه لأجل ماله فهو في يده مضمون ، ولذلك يترادّان الفضل بينهما ، ومن ذهب إلى أنهما لا يترادّان التفت إلى تعلق الدين بالرهن ولم يراع الزيادة والنقصان إذا كانت بينهما ، فإذا ذهب الرهن ذهب بذهابه الدين ، ويعضده قوله عليه السلام: (الرهن بما فيه) ، وعلى أن قوله : بما فيه ، أظهر في مذهب من لم يضمن المرتهن الزيادة، وذلك إذا كان الرهن أكثر من الدين، ذهب الدين بذهاب الرهن لتعلقه به، وليس على المرتهن ضمان بما فضل الرهن لأنه بيده بمنزلة الأمانة ، لأنه لم يتعلق به حق ، وإذا كان الدين أكثر من الرهن رجع المرتهن على الراهن بما فضـــل عن حقه على الرهن إذا ذهب لأن ذلك الفضل غير متعلق بالرهن والله أعلم . وكذلك أيضاً : اختلفوا إذا كان الرهن أكثر من الدين ثم ذهب منه بعضه ، قال بعضهم : فما ذهب منه فهو من مال المرتهن ، وقال آخرون : من مال الراهن ومال المرتهن فيما بقي

قوله : أكثر من الدين ، يعني وأما لو كان قدر الدين فذهب بعضه ، فإنـــه يجري فيه الخلاف السابق ، والراجح أنه على المرتهن ما لم يشترط ، والله أعلم .

الرهن ، وإن لم يبق في الرهن إلا أقل من حقه فليس له غيره، وقال آخرون : فما ذهب من الرهن إذا كان أكثر من الدين ، فهو بين الراهن والمرتهن على قدر دين المرتهن ، والفضل الذي في الرهن عن دينه يتحاصصان فيه ، وتفصيل ما ذكرنا من ضمان المرتهن ، إذا كان الرهن عبداً أو أمة أو دابة ، ثم ذهب عينه أو أذنه أو رجله فما أنقصه ذلك فهو من مال المرتهن ، وإن ذهب الرهن من يد المرتهن بعد ما استوفى حقه عن الراهن ، أو بعد ما انفسخ من يده فهو له ضامن كله ، كان مثل الدين أو دونه أو أكثر منه ، لأنه بيده على غير سبيل الأمانة ، ولم يكن رهناً فيكون بما فيه، إلا أن يكون دفعه إلى الراهن فامتنع له من أخذه

قوله : إذا كان الرهن عبداً الخ . لعل المراد تصوير المسألة ، وإلا فالظاهر أنه لا فرق بين ما ذكر وغيره ، كالأصول إذا ذهب بعضها وكان في أصل رهنها فضل والله أعلم ، فليحرر .

قوله : فهو من مال المرتهن ، ظاهر هذا الكلام يقتضي اختيار القول الأول ، وإلا فالمناسب أن يقول مثلاً : فهو على ما ذكرنا من الاختلاف ، والله أعلم .

قوله : إلا أن يكون دفعه إلى الراهن فامتنع له الخ . إن غيبة الراهن وعدم ما يدفعه له[1] بمنزلة الامتناع من القبض كما ذكروا في أحد الشريكين ، إذا أصلح في المال المشترك ، أنه لا يدرك على صاحبه ما يخصه إلا إذا امتنع أو غاب ، والله أعلم .

(١) (أي عدم وجود من يقوم مقام الراهن في القبض) : هو ملحق .

فلا يضمنه حينئذ، وهو عنده على سبيل الوديعة، وهذا في الرهن المقبوض، وأما الأصل فلا يضمنه إلا أن يأتي ذهابه بسببه، لأن الأصل لا يحتاج فيه إلى التسليم بعد الفسخ، والمرتهن مصدّق في ذهاب الرهن، سواء ادعى ذهابه بعدما أخذ حقه أو قبل ذلك، وقد بيّنا ما يلزمه من الضمان في كلا الوجهين، وإن اشترط الراهن على المرتهن ضمان الفضل الذي في الرهن عن حقه فهو ضامن إذا هلك من يده، إذا تراضيا على ذلك، والمؤمنون على شروطهم، ومنهم من لا يرى عليه ضمانه ولو مع الشرط

قوله : مصدق في ذهاب الرهن ، ظاهره من غير يمين ، ولعله إذا لم يتهم عند من يجوّز تهمة الأمين والله أعلم ، ثم في كلامه رحمه الله فيما سيأتي في باب اختلاف الراهن والمرتهن ، بأن القول قول المرتهن مع يمينه ، فعلى هذا معنى قوله رحمه الله مصدق ، أي مع يمينه ، لكن يشكل كونه أميناً ويحلف ، ويحتمل أن يكون ماشياً على القول بجواز تهمة الأمين والله أعلم ، فليحرر .

قوله : في كلا الوجهين ، وهو أنه إذا كان قبل أخذ الدين ذهب بما فيه فإن كان فيه فضل فهو أمين فيه ، وإن كان بعد قبض الدين ، فإنه يضمنه إلا إذا امتنع كما تقدم ، ومعنى كونه مصدقاً ، أنه يضمن قيمته أو مثله ، والله أعلم.

قوله : ضمان الفضل الخ . إنما قيد الاشتراط بالفضل ، لأنه لا فائدة في اشتراطه غير الفضل ، لأن ذلك ثابت له بالشرع لقوله عليه السلام : (الرهن بما فيه) ، نعم ، الظاهر أنه يجوز اشتراط ضمان الكل عند من يقول : إن الرهن إذا ضاع يكون على صاحبه ، والله أعلم .

فهذا يدل من قولهم ، أن ما لا يلزم بالشرع لا يلزم بالشرط ، وإذا كان الرهن حيواناً أو رقيقاً فما أنقصه كساد الأسواق، أو الكبر، أو الهرم، أو الهزال فلا يذهب من مال المرتهن شيء من أجل ذلك ، لأن هذه الأفعال ليس للعباد فيها تعلق سبب بالكلية ، وأما مـــا أنقصه السقم

قوله : فهذا يدل من قولهم ، أن ما لا يلزم بالشرع لا يلزم بالشرط هــذا بحسب الظاهر مقابل لقوله عليه السلام : (المؤمنون على شروطهم) الحديث ، فإن هذا الحديث يدل على أن الإنسان يدرك بالشرط ما لا يدركه بالشرع ، لو لم يشترطه ،فالظاهر ــ والله أعلم ــ أن الأولى أن يقول مثلاً :لأن المرتهن عند هؤلاء أمين ، وهذا شرط ينافي الأمانة والله أعلم. ويؤخذ من هذا الخلاف في كل شرط ينافي أصل الشيء ، كاشتراط الضمان في الأمـــانة والوديعة والقراض والوكالة ، ونحو ذلك مما لا يلزم بالشرع إذا ضاع والله أعلم ، فليحرر .

قوله : لأن هذه الأفعال الخ ، الظاهر أن الأولى في التعليل أن يقــول : لأنها دخلا على ذلك ، بالنظر إلى الكساد والكبر والهرم ، أما الأول ، فــلأن المنظور إليه حال وقت البيع ، لا وقت أخذه ، وأما الثاني والثالث فلأنهما قد علما أنه لا يجيء وقت البيع إلا وله من السن قدر معلوم ، ولا شك أن الكبر والهرم الذي هو أقصى الكبر يوجبان النقص ، وأمــا الهزال فلأن سببه في الغالب قلة العلف مثلاً ، وهو على الراهن ، وأما التعليل الذي ذكره المصنف رحمه الله فيقتضي أنه إذا مات حتف أنفه من غير سبب لأحد ، كأن نزلت به ، والعياذ بالله ، صاعقة مثلاً أنه على الراهن مع أنه ليس كذلك والله أعلم .

قوله : وأما ما أنقصه السقم والمرض الخ ، قال شيخنا رحمه الله مجاراة لكلام المصنف رحمه الله في التعليل : والفرق أن ما تقدم ليس للعبد فيه سبب

والمرض من قيمته ففيه احتلاف بين الفقهاء ، منهم من يقول : ما أنقصه ذلك من قيمته فهو ذاهب من مال المرتهن ، ومنهم من يقـول : لا يضر شيء من ذلك بحقه ، ومثل ذلك لو أن رجلاً له على رجـل عشرون ديناراً ، فرهن له فيها عبداً يساوي عشرين ديناراً ، فمرض العبد حتى كانت قيمته تساوي عشرة دنانير فمات ، فمن كان عنده يذهب حق المرتهن بالمرض ، ذهب ماله كله بموت العبد ، ومن كان عنده لا يذهب حق المرتهن بالمرض ، ذهب من حقه عشرة دنانير التي يساويها العبد عند موته ، وإن رهن رجل عند رجل شاة فماتت وقد ذبحت ، فكان قيمة لحمها مثل قيمتها في الحياة، فلا يذهب بشيء من مال المرتهن، وقال بعض: لا بد أن يكون بينهما فضل ، وهو من مال المرتهن ، وإن غُصِب الرهن

بالكلية بخلاف السقم والمرض ، فإنهما ينشآن في الغالب بسبب من العبد ، فجاء الاختلاف ، راجع كلام الكشاف في تفسير قوله تعالى : ﴿ وإذا مرضت فهو يشفين ﴾ انتهى ، وفي القاموس ، السقام : كسحاب وجبل وقفل ، المرض وسقم كفرح وكرم فهو سقيم ، وفيه أيضاً : المرض بظلام الطبيعة وصلابتها بعد صفائها واعتدالها ، مرض كفرح الخ .

قوله : لا بد أن يكون بينهما فضل الخ ، يعني لا بد أن تقوّم الشاة في حال حياتها ، بأكثر من قيمة لحمها ولو قطع ما قطع لعلة ، لأن الحي أشرف من الميت وإلا فكثير من الغنم تكون قيمة لحمها أكثر من قيمتها ، بل الغالب فيها ذلك كما هو مشاهد ، إلا أن من حجة الراهن أن يقول مثلاً : أريدها لغير اللحم ، والله أعلم .

قوله : وهو من مال المرتهن ، أي يكون محسوباً عليه من دينه ، لأن ذلك

من يد المرتهن وفداه الراهن بشيء من ماله من الغاصب ، فالذي فداه به هو ذاهب من مال المرتهن ، إلا أن يكون الراهن فداه بأكثر مما يوجد به فداه، فلا يذهب من مال المرتهن إلاّ مثل ما يوجد به فداه ، وكذلك المرتهن يذهب من ماله ما فداه به ، وما زاد على ماله فلا يدركه في الحكم ، وكذلك غيرهما من الناس ، إن أفداه محتسباً لذلك فإنه يدركه فيما بينه وبين الله ، دون الحكم ، لأنه يمكن أن يكون متطوعاً

مصيبة نزلت به .

قوله : بأكثر مما يوجه به فداه ، ظاهره أنه إذا أفداه بمثل مـــا يوجد به فداؤه يلزم المرتهن ، ولو زاد على قدر دينه ، وفيه نظر ، والظاهر والله أعلم أن يقول : بأكثر من دينه ثم ظهر أن مراد المصنف رحمه الله ، فيما إذا كان الفداء أقل من الدين على كل حال ، لكن إن فداه بالمثـل كان على المرتهن ، وإن كان بأزيد كان الزائد على الراهن والله أعلم .

قوله : فداؤه ، في الصحاح : الفداء ، إذا كسر أوله يمد ويقصر ، وإذا فتح مقصور إلى أن قال : والفدية والفداء كله بمعنى .

قوله : فلا يدركه في الحكم ، يعني وأما فيما بينه وبين الله فيدركه .

قوله : محتسباً لذلك الخ ، لعل المراد محتسباً في فعله ، تقدمه وتكلفـــه المشقة مثلاً لا في ماله ، وإلا فكيف يكون محتسباً في ماله ويدركه فيما بينه وبين الله ، لأن المحتسب هو الذي لا يريد عوض الدنيا مثلاً ، والله أعلم .

قوله : لأنه يمكن أن يكون متطوعـــاً ، يعني والحاكم لا يحكم في أمر

بذلك والله أعلم . ودخول الصيد في الحرم إذا كان في الرهن مثل ذهابه لأنه صار حراماً لأجل الحرم ، فإذا خرج من الحرم بعد ذلك فهو في الرهن على الحال الأول ، وإن خرج وقد ذهب بعض أعضائه فما نقص من قيمته فهو ذاهب من مال المرتهن ، فإن قال قائل : أليس

ممكن كما تقدم ، بل لا بد أن يكون أمراً محققاً ، ومفهومه أنه إذا أشهد على أنه ليس متطوعاً ، أنه يدرك ذلك في الحكم أيضاً ، وقد صرح بمثل هذا في كتاب الجنائز في تكفين الميت وقد تقدم .

قوله : فهو في الرهن على الحال الأول ، يؤخذ منه أنه لا يجوز لأحد أن يصطاده لنفسه إذا علم بذلك ، فإن اصطاده مع العلم وجب عليه دفعه لصاحبه لأن هروبه من يده لا يخرجه من ملكه ، إلا أن دخوله في الحرم يجعله بمنزلة الميت لا يحل لأحد أصلا ، فإذا خرج زال ذلك الوصف ورجع إلى ما كان عليه قبل ذلك من ملك أو رهن ، أو حل لكل أحد ، ونظير هذه المسألة مسألة السمك إذا انخرقت به الشبكة المتقدمة في آخر باب الذكاة حيث قال : وفي الأثر أيضاً : من هذا المعنى ، وإذا أرخى الصيادون شباكهم على السمك وجروها وجاء آخر فأرخى شبكته خلفهم ليأخذ ما خرج من شباكهم ، فلما دنوا أن يخرجوا شباكهم إلى الساحل ، انخرقت فخرج سمكهم كله فوجد في شبكة الآخر ، فما وقع في شبكة الذي خلف من قبل أن يدخل في شبكة المتقدم فهو له ، وإن انخرقت شبكة المتقدم وخرج منها السمك إلى شبكة الآخر وحكموه حكم لصاحب الشبكة التي انخرقت وخرج منه السمك إلى شبكة الآخر وذلك كما قدمنا بعد ما حكموا عليها ، فهي ملك الخ .

قد ذكرت أن خروج الرهن من يد المرتهن بحق سببٌ لفساد الرهن ، ألا ترى أن دخوله في الحرم مما يحرمه على المرتهن بالشرع ؟ قيل له : إعلم إنما يلزمنا ذلك إذا كان إخراج الرهن من يده مستحقاً عليه ، وأما إذا لم يكن الإخراج مستحقاً عليه فلا يلزمنا ذلك ، فإذا دخل الحرم صار بمنزلة الميتة في التحريم لأجل الحرم وذهب مال للمرتهن ، فإذا زالت عنه علة التحريم صار حلالاً ، ورجع رهناً على حاله الأول كما أن المرتهن إذا أخذ قيمة رهنه ، إذا كان حيواناً وقتله غاصب ، صار الفداء حلالاً ورجع رهناً على حاله الأول ؛ وإن كان الشيء المرهون سيفاً أو درقة فضرب أحدهما صاحبه ، أعني الراهن والمرتهن فاتقاه الآخر بذلك السيف أو الدرقة فانكسر أو انقطعت ، فأيها كان باغياً كان ضامناً لذلك ، سواء كان ضارباً أو متقياً ، فإذا كان الراهن هو الباغي كان ذلك من ماله ، لأنه هو المتلف له ولا يلزم المرتهن شيء ، وإن كان المرتهن هو الباغي كان ضامناً لذلك كله ولو كان أكثر من دينه لأنه هو المتلف لذلك ، والمبغي عليه لا سبيل عليه ، ﴿ إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في الأرض بغير الحق ﴾ ، وكذلك إذا كان ذلك بين المرتهن ورجل آخر غير الراهن ، فأيهما كان باغياً كان ضامناً لذلك سواء كان ضارباً أو مضروباً كما ذكرنا نسقاً بنسق ، وأما إذا تقاتل الراهن ورجل آخر أو رجلان آخران غير

الراهن والمرتهن فأخذها أحدهما فضربه صاحبه واتقى بها عن نفسه فقطعت ، فما نقص من قيمتها فهو على الباغي منهما ، كان الباغي هو الضارب أو المضروب كما ذكرنا فيغرّمه المرتهن إياه فيكون ذلك عنده رهناً والله أعلم . وإذا كان الرهن عبداً فما أفسد ذلك العبد من مال الراهن أو من مال المرتهن أو من مال غيرهما من الناس فإنما ذلك كله من مال المرتهن كما ذكرنا ، لأن مصيبته وجنايته عليه ، وإن بغى ذلك العبد الذي في الرهن على الراهن أو على المرتهن أو على أحد غيرهما فمات العبد قتله المبغي عليه ، فهو من مال المرتهن ، لأن مصيبته عليه ، وإن مات المبغي عليه قتله العبد ، فإن شاء أولياء المقتول أن يقتلوا العبد قتلوه .

قوله : وإذا كان الرهن عبداً ، مثل العبد سائر الحيوانات فليس التقييد للاحتراز .

قوله : فإنما ذلك كله من مال المرتهن الخ ، ظاهره أنه عليه ذلك ولو كانت الجناية أكثر من الدين ، اللهم إلا أن يقال : المراد بمال المرتهن الدين الذي رهن فيه العبد ، فيقتضي أن تكون الجناية أقل ، وأما إذا كانت أكثر أو مساوية ، فالظاهر أنه لا يكون عليه شيء ، لأن القاعدة أن جناية العبد في رقبته إذا أسلمه سيده فيها ، والمرتهن ها هنا قد ذهب حقه وترك المطالبة بالعبد فيكون الراهن بالخيار ، فإن شاء فدى ، وإن شاء سلمه في الجناية والله أعلم .

قوله : فإن شاء أولياء المقتول الخ ، وذلك لأن جناية العبد في رقبته .

وإن شاءوا أخذوه في الدية ، ويكون من مال المرتهن ، لأن جنايته عليه ، وكذلك أولياء المرتهن ، إن شاءوا قتلوه إذا قتل المرتهن ، وإن شاءوا أخذوه في الدية ، وإن شاءوا حبسوه في الرهن ، وإن بُغيَ على العبد فقتل من بغى عليه ، فلا يقتل به ولا يذهب من مال المرتهن شيء ، لأنه مبغيٌّ عليه ولا سبيل عليه ، وإن مات العبد ضمنه من قتله فيأخذ المرتهن قيمته وتكون عنده رهناً مثل العبد في حياته ، وإن قتله المرتهن بنفسه ، ضمن قيمته ولو كانت أكثر من حقه والله أعلم . وإذا اشترى رجل من رجل سلعة فطلب المشتري أخذها من البائع فمنعه من أخذها حتى يستوفي ماله منه فله ذلك ، وإن ذهبت السلعة من يده من قبل أن يأتيه المشتري بالثمن فقد ذهب ماله بذهابها ويكون سبيلها سبيل الرهن ،

قوله : إن شاءوا قتلوه ، وإن شاءوا أخذوه في الدية ، يعني فيسقط في الموضعين قدر قيمته في الدين ، ويتبعون الراهن بالباقي إذا كان الدين أكثر من قيمة العبد والله أعلم .

قوله : من قتله ، أي ولو كان هو الراهن .

قوله : ضمن قيمته ، أي ويسقط منها قدر دينه .

قوله : من قبل أن يأتيه المشتري بالثمن الخ ، وكذلك إذا منعه منها وأتاه بالثمن ولم يزنه ، فإنها بمنزلة الرهن أيضاً ، والثمن أمانة كما صرح آخر باب البراءة فليراجع ، ولعله إذا لم تجر العادة بعدم الوزن والله أعلم ، فليحرر .

وكذلك إن دفع المشتري بعض الثمن ، لزم البائع السلعة بما بقي من الثمن على هذا الحال ، وكذلك الصانع إذا منع لصاحبه المتاع حتى يوفيه أجرته فله ذلك ، فإذا ذهب المتاع من يده قبل أن يأتيه صاحبه بالأجرة فقد ذهبت أجرته بذهاب المتاع على سبيل الرهن ، وكذلك لو أن رجلاً أمر رجلاً أن يشتري له سلعة ولم يعطه الثمن فاشتراها له المأمور من ماله أو بوجهه ، فمنعه من أخذها حتى يستوفي له الثمن الذي اشتراها له به فله ذلك ، فإن هلكت في يده قبل أن يوفيه الثمن فليس له على الآمر شيء ، ويكون غرمه على المأمور الذي منعه من أخذها ، وكذلك لو أن رجلاً له على رجل دين فلزمه إليه، فقال له : خذ سلعتي هذه فبعها واستوف من ثمنها ، فذهب بها فهلكت في يده قبل أن يبيعها ، فقد ذهب مـــاله

قوله : على سبيل الرهن ، يعني فإن فرض أن الأجرة تكون أكثر من قيمة الشيء ، فإنه يتبعه ببقية الأجرة ، ولو ذهب أيضاً لا على سبيل الرهن ، فإن الصانع يضمنها كما تقدم ، والله أعلم .

قوله : فلزمه ، يعني فقال له مثلاً : لا أفارقك حتى تقضي ديني ، فلا ينافي ما تقدم في باب لزوم الدين حيث قال : وإن لزمه في دينه فأعطاه شيئاً يبيعه ويأخذ من ثمنه دينه فتلف ذلك الشيء قبـل أن يبيعه فليس عليه شيء ، لأنه أمين، إلى أن قال : إلا إن ضيع القضاء الخ ، ثم قال : وأما إن لزمه فقال له : لا أفارقك حتى تقضي لي ديني فأعطاه شيئاً يبيعه ، إلى أن قال : وهو بمنزلة الرهن ، لأنه لولا تكليفه إياه ، ما أعطاه ذلك الخ ، فليراجع .

لذهابها مثل الرهن ، إلا أن يكون في دينه فضل عن ثمن السلعة فيتبعه به ، وإن كان في ثمن السلعة فضل عن دينه فليس عليه ضمانه ، لأنه أمين على الفضل إلا إن ضيعها ، وكذلك إن لزمه إلى دينه فقال له: إن لم أوفك دينك إلى يوم كذا وكذا فأمرُ طلاق امرأتي بيدك فطلِّقها متى شئت ، ثم إنه لم يوفه بدينه في ذلك اليوم فطلَّق امرأته فقد ذهب من ماله مثل صداق المرأة إذا كان طلَّقها طلاقاً لا يملك فيه الزوج الرجعة ، وكذلك طلاق الرجعة إذا لم يرجعها الزوج حتى انقضت عدتها مثل ذلك ، وإن راجعها فلا يذهب من ماله شيء ، وإذا كان لرجلين دين على رجل وقد تفاضلا في الدين لأحدهما عليه عشرة دنانير وللآخر عشرون ديناراً فرهن لهما رهناً يساوي ثلاثين ديناراً وقال لهما: رهنت لكما هذا الرهن على أموالكما، فالرهن جائز ويكون على أموالهما في القضاء والوضيعة، وإن قال لهما : في أموالكما، فهو بينهما نصفان ويقسمان ثمنه نصفين ويأخذ كل واحد منهما خمسة عشر ديناراً ، فيرد صاحب العشرة دنانير

قوله : حتى انقضت عدتها ، ظاهره ولو علم بذلك وتركه باختياره ، لأن رب المال هو الذي تسبب في ضياع ماله ، والله أعلم .

قوله : العشرة دنانير ، هكذا فيما رأيناه من النسخ ، ولعله العشرة الدنانير على مذهب الكوفيين ، تشبيهاً له بنحو الحسن الوجه ، أو الدنانير العشرة أو

خمسة دنانير التي جازت إليه للراهن ، وإن دفعها للمرتهن الآخر فهو ضامن ، إلا إن جوّز له الراهن ذلك ، وإن كانت الوضيعة في الرهن فهي بينهما نصفان ويرجعان بالبقية على الراهن ، وإن كان الرهن يمكن فيه القسمة ، فإنهما يقسمانه نصفين ويأخذ كل واحد منهما نصفه ، وإن كان الرهن مما لا تمكن فيه القسمة ، فليأخذاه بالدول ، إلا إن كانا أمينين فإن كل واحد منهما يجوز له أن يتركه عند صاحبه .

عشرة دنانير ، أو نحو ذلك عند البصريين ، والأمر في ذلك سهل بالنظر إلى المراد .

قوله : التي جازت إليه ، بدل من قوله : خمسة دنانير ، أو من دنانير ، وليس صفة لاختلافهما تعريفاً وتنكيراً .

باب فيما لا يجوز للمرتهن

أن يفعله في الرهن

ومما لا يجوز له أن يفعله الانتفاع بالرهن ، فإنه ليس بمأذون له في ذلك ، وإن استنفع بالرهن الذي بيده فقد انفسخ من يده ويكون عليه غرم ما استنفع به ، لأن الرهن بمنزلة الأمانة ، وإذا تعدّى أو فعل ما ليس له أن يفعله خرج من حد الأمانة الى حد الضمانة ، وصار متعدياً بفعله ذلك وانفسخ من يده حين خرج عن حكمه الأول ، ومنهم من يقول : لا ينفسخ الرهن باستنفاعه منه ويكون قيمه ما استنفع قضاء من حقه، وهذا منهم يدل عندهم وأن ما كان عقده

باب فيما لا يجوز للمرتهن أن يفعله في الرهن

قوله : فإنه ليس بمأذون له ، يعني في الشرع فلا يجوز ذلك ، وينفسخ ولو أذن له صاحبه .

قوله : ومنهم من يقول : لاينفسخ الخ .. قد تقدم الكلام على هذا الاختلاف لكن أفاد هنا فائدة زائدة ، وهي بيان المعمول به .

بالقول فلا ينفسخ إلا بالقول ، أصله سائر العقود ، والقول الأول عليه العمل عندهم ، وكذلك إن أمر غيره أن يستنفع به فقد انفسخ من يده ، استنفع به المأمور أو لم يستنفع ، لأنه فعل ما ليس له ، وقال بعضهم : لا ينفسخ حتى يستنفع المأمور ، لأن القول إنما يصدقه الفعل ، ولا ينفسخ الرهن باستنفاع المسلط عليه ، لأن الرهن ليس له، ولا تكسب كل نفس إلا عليها ، وإن استنفع المرتهن بالرهن وهو في يد المسلط ، فإنه ينفسخ والمسلط بمقامه ، لأنه وكيله ، ومنهم من لا يرى انفساخه لأن الرهن ليس بيده وليس بمأمون عليه والله أعلم . وإذا كان الرهن بيد رجلين واستنفع به أحدهما ، فقد انفسخ بجميعه، لأنه عقدة واحدة فلا تتجزأ ،

قوله : لأنه فعل ما ليس له . قد تقدم نظير هذا في العيوب إذا أمر ومن ينتفع به بعد ظهور العيب .

قوله : لأن القول إنما يصدقه الفعل ،نظير هذا ما ذكره في السؤالات فيما يتعلق بالولاية والبراءة إذا أخبر انه يقع منه ما لا يحل له ، حيث قال: وإن قال: سآوي إلى الكافرين غداً وسأبرأ من المسلمين غداً، وسأقول إلهين اثنين غداً ، أو قال: سأقتل النفس التي حرّم الله غداً ، أو جميع ما تعلق الى الجوارح ، فلا يحكم عليه بالكفر ما لم يفعله ، بل يحكم عليه بالعصيان لاغير ،لتمنيه ذلك والله أعلم.

قوله : ومنهم من لا يرى انفساخه الخ ، تقدم في الفصل الذي قبل باب أحكام الرهن ان هذا هو مذهب الربيع ، ويؤخذ من التشبيه بما قبله هناك أنه المعمول به والقول الأول قول ابن عبد العزيز .

قوله : « لا » تنفسخ ، وقوله : « لا » توجب ، لعله باسقاط لا في

فإن قال قائل : فهلاً كان لا ينفسخ إلا باتفاقها جميعاً ، كما أنه لا ينعقد إلا باتفاقهما ؟ قيل له : العلة التي تمنع عقده إلا باتفاقهما ، هي التي توجب فسخه ، لأن الفعل الواحد لا يكون صحيحاً من جهة ، فاسداً من جهة ، والله أعلم ، ولأن أيضاً فسخه ليس من جهة العقد ، وكذلك إذا مات المرتهن فاستنفع به أحد ورثته فقد انفسخ باستنفاعه به ، لأن الورثة في مقام مورثهم في ماله وما عليه وهذا رهن واحد ، ومن الفقهاء من يقول : لا ينفسخ الرهن باستنفاع أحد الورثة منه ويكون عليه غرم ما استنفع

الموضعين وذلك أنه هناك علة تمنع العقد حتى يتفقا ، وهي فعل أحدهما ابتداءً لا يسري في الآخر ، ثم إذا اتفقا على العقد فقد دخلا مثلاً ، على أن فعل أحدهما يسري على الآخر لكون ذلك الشيء لا يقبل التجزي كما ذكره المصنف رحمه الله ، فيكون الحاصل أن العلة التي تمنع عقده إلا باتفاقها هي التي توجب فسخه .

قوله : لأن الفعل الواحد الخ ، يعني أنهما لما اتفقا على العقد الواحد صار فعلاً واحداً ، لا يصح بعضه ويفسد بعضه والله أعلم .

قوله : فقد انفسخ باستنفاعه الخ ، ظاهره أنه إذا لم يستنفع منه الوارث يكون رهناً على حاله إلى أجله ، فدل أن كلامه فيما تقدم حيث قال : وإذا مات الراهن والمرتهن جاز لورثة المرتهن بيعه الخ ، محمول على الرهن الذي سبق الكلام فيه وهو الذي لم يبعه المرتهن عند الأجل ، وإن كان التعليل الذي ذكره رحمه الله بحسب الظاهر يقتضي العموم والله أعلم .

به ، وكذلك إن استنفعوا منه جميعاً ، وذلك لأنهم غير مأمونين عليه، وأما إن غرّ الراهن المرتهن فأطعمه من ثمار الرهن طمعاً منه في انفساخه ، فلا ينفسخ بذلك إذا لم يعلم المرتهن ، لأنه لا يكلف عليه ما غاب عنه ، وكذلك الغائب إذا استنفع بغير علم منه على هذا الحال ، وكذلك إذا زال عقل المرتهن فانتفع بالرهن في حال جنونه فلا ينفسخ ، لأنه غير مخاطب ، وكذلك اليتيم والمجنون إذا كان رهن أحدهما في يد خليفتـــه فاستنفع منه ، فلا ينفسخ لقوله عليه السلام : (رفع القلم عن ثلاث من أمتي) الحديث[1] ، وإذا استنفع به الغائب بعدما قدم، وعلم به، والمجنون

قوله : وذلك لأنهم غير مأمونين عليه ، ينظر كيف يفعل به وأين يوضع ، على هذا القول ، إن قلنا انه يستمر رهناً إلى اجله حيث كانت الورثة غير مأمونة عليه ، اللهم إلا أن يقال : المراد غير مأمونين عليه ابتداءاً ، وأما الآن فيستمر عندهم لانه آل اليهم ذلك من مورثهم ، غايته ان من انتفع به غرم قيمة ذلك من استمراره عند هؤلاء . والله اعلم ، فليحرر .

قوله : فأطعمه من ثمار الرهن الخ . فيه أن إطعامه لا يجوز مطلقاً إذا كان لأجل الدين لأن ذلك هدية مدين ، وهي من الربا ، الا أن مراد المصنف رحمه الله ، إفادة الحكم مع قطع النظر عن كونه حلالا أو حراماً ، والله أعلم .

قوله : وكذا ان استنفع الخ .. التشبيه في هذا غير تام لعـــدم التفصيل والله أعلم .

(١) تقدم ذكره .

بعد ما أفاق، أو اليتيم بعد ما بلغ، فقدا نفسخ بانتفاعهم به،لأن الرهن لهم والله أعلم ، ولا ينفسخ الرهن باستنفاع الراهن ولو تركه إلى ذلك ما لم يأمره ، وكذلك ولده طفلاً كان أو بالغاً أو عبداً، وامرأته وغيرهم من الناس فإنه لا ينفسخ باستنفاعهم ما لم يأمرهم ، وكذلك إن استنفع أحد من الناس بالرهن الذي بيد المرتهن أو من أفسد فيه أو أكل منه فحلله المرتهن ذلك فقد انفسخ ، لأنه فعل ما ليس له ، وكذلك إن باعه المرتهن بيعاً منفسخاً فقد انفسخ من يده لفعله ما ليس له أن يفعله ، وإن انتفع الوالد من رهن ولده الطفل فقد انفسخ من يده كان ذلك الرهن في يد الوالد أو في يد خليفته ، لأنه في مقامه،ومال ولده له ، وأما البالغ ، فلا ينفسخ الرهن من يده باستنفاع والده منه ، لأنه ليس بمقامه في هذا ، وخليفة اليتيم أو المجنون أو الغائب لا ينفسخ رهن اليتيم أو المجنون أو الغائب

قوله : فحلله الخ . ذكر فيما سيأتي انه يجزئه حله اذا كان أميناً ، يعني لأن الأمين يغرم ذلك لصاحبه ، وأما حل الراهن فلا يبرئه .

قوله : بيعاً منفسخاً ، الظاهر أنه اراد بعد الأجل ، وإنما نص عليه لأنه ربما يتوهم انه لما بطل صار بمنزلة العدم فيجدد له البيع ، وأما قبل الأجل فالظاهر ينفسخ مطلقاً . والله أعلم فليحرر .

قوله : لفعله ما ليس له ، يعني وهو بيع الانفساخ لأن استعمال المفسوخات لا يجوز والله أعلم .

باستنفاعه لأنه ليس هو له ، وإذا استنفع المرتهن بالرهن بالضرورة منه إليه ، مثل أن يجبره السلطان ، فقد انفسخ من يده بحصول الاستنفاع له ، وكذلك إن كان الرهن بيتاً أو غاراً أو قصراً فتحصَّن به من العدو أو سيفاً فقاتل به العدو أو فرساً فهرب من العدو فإنه ينفسخ في هذا كله على ما ذكرنا . وبالجملة إنه ينفسخ الرهن بجميع استنفاع المرتهن إلا أن يستنفع بما لا يحتاج الناس فيه إلى الإذن ، إذن صاحبه ، وذلك الاستنفاع الذي لا يحتاج فيه الناس إلى الإذن على وجهين : أحدهما : لا يجوز فيه

قوله : ليس هو له ، ظاهره ولو كان هو المسلم للرهن ابتداءاً وهو الفاعل للدين وهو كذلك لأنه لم يستخلف على الفسخ ، وقد تقدم في باب بيع الدين في لزوم الخليفة دين من استخلف عليه ما يدل على الخلاف في الدين ، هل ينفسخ أو لا ؟ أو التفصيل بين السابق واللاحق فليراجع بها عليه وليحرر ، ولعل هنا كذلك ، لكن جزمه هنا يدل على ان المراد الخلاف ، والراجح عدم الفسخ والله اعلم ، أو يفرق بين الدين والرهن والله اعلم فليحرر .

قوله : مثل أن يجبره السلطان الخ. انما انفسخ مع كونه مكرهاً لأن المكره عندنا مكلف فيما يتعلق بالفعل كما هو معلوم .

قوله : بحصول الاستنفاع له ، او تجمع فيه منفعته ومنفعة الرهن وهو كذلك لما يؤخذ من كلامه في باب معرفة أحكام العيب والله أعلم .

المنع من صاحبه أصلاً ، مثل شرب الماء من الآبار والأنهار والسواقي والأودية ، ونزع الكلأ أو الحطب من الفحوص حيث لا يضر بهـا والاستظلال بظل الأشجار والحيطان من خارج إن لم يكن في الإستظلال بها ، مضرة وما أشبه ذلك مما لا يجوز فيه المنع لصاحبه نحو المعادن الثابتة من الطفل والجبس والشب والحجارة والكبريت ، فهذا لا ينفسخ الرهن باستنفاعه ، والوجه الآخر : الإستنفاع بالمتروك ودخول البيوت التي هي غير مسكونة يجوز الاستنفاع به بغير إذن صاحبه ويجوز لصاحبه منعه ، ففي هذا الوجه اختلاف ، منهم من يقول : ينفسخ باستنفاعه ، ومنهم من يقول : لا ينفسخ مثل الأول ، إلا إن استنفع بعد المنع من صاحبه والله أعلم ، ومن الانتفاع الذي ينفسخ به الرهن إذا كان ثوباً فلبسه المرتهن ، أو كان لوحاً فكتب فيه أو كتاباً أو مصحفاً فقرأ فيه أو طيباً فشم رائحته فتلذذ بذلك ، إلا إن جعله في الموضع الذي يريد فيه حرزه فشم رائحته بغير استعمال منه لذلك فلا بأس ، وكذلك إن كان الرهن مرآة أو سيفاً فنظر فيه وجهه ، أو حلياً فتزين به فقد انفسخ بهذا كله ، لأنه استنفاع ، وكذلك إن كان الرهن عبداً فعلّمه ذلك العبد

قوله : شرب الماء ، الظاهر أن المراد بـه الغرف منه ، وأما ماء تعب عليه صاحبه فيجوز منعه ، والله أعلم .

شيئاً من الصناعات التي هو صانعها لجواز أن يكون حداداً أو صائغاً أو خرّازاً أو نجاراً أو ما أشبه ذلك من الصناعات فقد انفسخ الرهن بذلك كله والله أعلم ، وفي الأثر : ومن رهن لرجل عبداً أو جملاً أو غيرهما ثم أكراه الراهن للمرتهن فاستنفع به المرتهن فقد انفسخ الرهن ، قلت : فحيث انفسخ الرهن فما الذي يكون على المرتهن أجرة مثله ، أو ما اتفقا عليه ؟ قال : إنما يكون عليه أجرة مثله لأن كراءه لا يجوز .

قوله : أو ما أشبه ذلك من الصناعات ، ظاهر هذا التقييد يقتضي أنه إذا كان العبد عالماً أو حافظاً للقرآن مثلاً ، فمعلوم أنه لا ينفسخ ، لأن هذا ليس بصنعة ، لكن ظاهر التعليل بالاستنفاع أنه ينفسخ ولا يقال المراد المنفعة الدنيوية بدليل الانفساخ بالقراءة في المصحف والله أعلم ، فليحرر .

قوله : لأن كراءه لا يجوز ، يعني لأن الراهن لم يجعل له الشرع التصرف في الرهن .

باب ما يجوز للمرتهن ان يفعله في الرهن

واذا كان في الأصل الذي في الرهن ثمار مدركة فجائز للمرتهن أن يبيعها للراهن ولا يضيق عليه الاستقصاء في ثمنها كما يستقصيه إذا أراد لغيره من الناس من قبل أن الرهن له ، وإنما جاز له أن يبيع الثمار على الأشجار ، لأن ذلك أصلح لهما ، وكذلك إن رهن له نصف الفدان فأدركت ثماره فجائز للمرتهن أنْ يتقاسمها مع الراهن فيعطيه ما ينوب النصف الذي لم يكن في الرهن

باب ما يجوز للمرتهن أن يفعله في الرهن

قوله : وإنما جاز له أن يبيع الثمار على الشجر ،المناسب لهذا أن يقول فيما تقدم أن يبيعها للراهن على الشجر ، اللهم إلا أن يقال التقييد بالشجر يفهم من قوله في الأصل الذي في الرهن ثمار مدركة ، ولعله إنما نص على هذا مع أنه من المعلوم أنه يجوز بيع الثمار المدركة على الشجر، لأنه ربما يتوهم المنع لئلا تجول يد الراهن في الرهن فنص على أنه يجوز ذلك لأجل المصلحة والله أعلم،فليحرر.

ويمسك ما ينوب النصف الذي هو عنده، يتقاسمهما معه على رؤوس الأشجار أو بعدما صرموها أو يبيعها له أيضاً كما ذكرنا، وكذلك أيضاً، لو كان للراهن فيه شريك يقاسم المرتهن شريك الراهن ويبيعها له لأن المرتهن خصيم فيما بيده لتعلق حقه فيه، وإن كان الفدان بين الراهن والمرتهن ثم رهن له نصيبه منه فحضرت الثمار فلا يقاسمها المرتهن مع الراهن، لأن الراهن ممنوع عن سهمه لتعلُّق حق المرتهن فيه، ولكنه إذا أراد أن يبيعها له كلها فله ذلك، لأنه خصيم في ذلك ما له وما ليس له بحقه، ثم يأخذ نصف ثمنها لنفسه ويمسك النصف الباقي في الرهن، وكذلك خليفة الغائب واليتيم إذا كان شريكهما في تلك الثمار على هذا الحال، فإن قال قائل: أرأيت إن استخلف المرتهن لنفسه خليفة فيأخذ

قوله: لكنه إن أراد أن يبيعها له كلها فله ذلك، ظاهره أنه ليس له أن يبيعه نصفها مثلاً، مع أن الظاهر جواز ذلك ويقسم معه، لأن الراهن إنما يقسم حينئذ من جهة تعلق حقه بالثمرة التي اشتراها، لا من جهة كونه راهناً، ثم إن هذه الصورة شاملة لكلام المصنف رحمه الله بعد، حيث قال: وإن أراد أن يبيع هو نصيبه الخ، والله أعلم.

قوله: على هذا الحال، يعني لا يقسم الثمرة التي اشتركها مع اليتيم لعدم تأتي من يقسم معه، فإما أن يبيع الكل فيأخذ نصف الثمن له والنصف لمن استخلف عليه أو يبيع حصته أو حصة من استخلف عليه، فيقسم حينئذ مع المشتري كما هو ظاهر والله أعلم.

له نصيبه خليفته ويقبض هو ما ينوب الرهن ، قيل له : لا يجوز ذلك لأن خليفة المرتهن في مقامه فكأنه قسم ذلك وحده ، ولكن إن أراد أن يبيع هو نصيبه من تلك الثمار ثم يقسمها مع الذي اشترى منه نصيبه يجعل الباقي رهناً عنده ، فجائز إن أراد أن يبيع النصف الذي هو عنده رهن ويمسك نصيبه لنفسه ثم يقسمه مع المشتري فلا بأس ، وإن اشترى أيضاً من المشتري ذلك النصف الذي ينوب الرهن فلا بأس ، وأما قسمة الأصل فلا تجوز في جميع هذه الوجوه ، والفرق بين قسمة الثمار وقسمة الأصل ، أن قسمة الثمار صلاح لها وهو من تمام حرزها ، وليس كذلك قسمة الأصل والله أعلم ، وللمرتهن أن يستمسك بالراهن بالتعدية إذا أكل

قوله : وإن اشترى أيضاً من المشتري ذلك النصف الخ ، يؤخذ منه جواز شراء السلعة التي لا يجوز له شراؤها ابتداءً إذا انتقلت كالتي باعها بدين إلى أجل ، ثم اشتراها نقداً بأنقص من غير الذي اشترى منه ، ومحل هذا إذا لم يقع الاتفاق على ذلك كما سيأتي في باب بيع الرهن ، ولعل المسألة بيع الشيء بالدين كذلك والله أعلم .

قوله : النصف الذي ينوب الرهن ، يعني وأما النصف الذي له ، إن باعه دون النصف الذي في الرهن فلا يصح شراؤه بعد ذلك ، لأنه يعود المحذور وهو عدم من يقسم معه ، إلا إنْ بيع الكل أو أحدهما بعد ذلك ، لكن المفهوم إذا كان فيه تفصيل لا يعترض به والله أعلم .

وأما قسمة الأصل الخ ، ظاهره ولو كان الشريك أجنبياً وطلب ذلك وفيه

من ثمار الرهن أو أخذ منه شيئاً ويحلفه إذا جحد ويوقف عليه التهمة ، لأنه خصيم فيما في يده ، والراهن ممنوع بحق المرتهن ، وكذلك غير الراهن يستمسك به المرتهن بالتعدية ، ويحلفه إذا جحد ويوقف عليه التهمة ، وإن أقرَّ جبره الحاكم على ردّ ما أخذ من الرهن أو قيمته إذا هلك ، ويكون رهناً بيد المرتهن ، وكذلك من أفسد في الرهن شيئاً يجزئه أن يعطي قيمة ذلك للمرتهن أميناً كان أو غير أمين ، لأن الرهن

نظر ، لأن ذلك حينئذ ضرر ، والضرر لا يحل ، والله أعلم ، ولعل محله إذا كان الطالب للقسمة هو المرتهن كما يرشد إليه التعليل بالصلاح وعدم الصلاح والله أعلم ، فليحرر .

قوله : ويوقف التهمة ، لعله إذا لم يكن أميناً ، لأنهم قالوا : إن الأمين لا تلحقه التهمة ولا يمين المضرة والله أعلم ، فليراجع .

قوله : لأنه خصيم ،يؤخذ منه أن من كان أجنبياً عن الشيء ولم يكن خصيماً فيه ؛ ليس له أن يوقف التهمة على من تعدى فيه بأن تصح دعواه ويدركه اليمين أو يقيم الشهادة ، ولعل محله إذا لم يكن محتسباً لله كمال المسجد والله أعلم ، فليحرر .

قوله : والراهن ممنوع الخ ، يعني فلذلك جاز للمرتهن الإمساك به وغير ذلك من الأمور المتقدمة .

قوله : أو قيمته إذا هلك ، يعني إذا كان مقوّماً أو مثله ، إذا كان مثليّاً كالمكيلات والموزونات والله أعلم .

بيده بحقه وهو فيه خصيم ، وكذلك المسلط على هذا الحال يدفعه إليه دون الراهن والمرتهن ، وإن جعله الراهن في حل من ذلك أو دفعه إليه فلا يجزئه ذلك،لأن الرهن ممنوع على الراهن بحق المرتهن فيه ما لم يبرىء من حقه ، فإن قال قائل : أرأيت إن جعـــله المرتهن في حل من ذلك أيجزئه ذلك ؟ قيل : إذا جعله المرتهن في حل من ذلك انفسخ الرهن من يده ، لفعله ما ليس له ويجزئه حله إذا كان أمينـــاً ، ولا ينفسخ الرهن بتحليله ، لأن الرهن لغيره ، ويكون ضمان ذلك عليه ، وكذلك كل من كان في يده مال غيره من غير رهن ، نحو الوديعة والعارية ومال المضاربة ومال الغائب واليتيم ، فمن أفسد شيئاً مما ذكرنا فيجزئه حل الذي كان في يده ذلك الشيء اذا كان أميناً ، ويكون ضمان ذلك عليه ، لأن الأمين يكون حجة في نزوع التباعات مع أن هذا الشيء في يده وهو

قوله : فلا يجزئه ذلك ، يعني ابتداءً ، وظاهره ولو كان أميناً ، وفيه تأمل لأن الأمين يدفع ذلك للمرتهن، لأنه يعلم أن دفع ذلك واجب عليه ، وسيأتي أن الأمين حجة في نزوع التباعات ، اللهم إلا أن يخص ذلك بكون الشيء بيده والله أعلم فليحرر .

قوله : لأن الأمين يكون حجة في نزوع التباعات ، هـذه العلة تقتضي أن الأمين إذا التزم له الغرم تبرأ ذمته ، وإن لم يكن الشيء في يده ، اللهم إلا أن يقال : العلة هي كونه أميناً مع كون الشيء في يده، فأحدهما لا يكفي،ويحتمل

فيه خصيم، وكذلك الوالد من مال ولده. واذا رهن رجل لرجل خادماً وهي امرأة المرتهن قبل ذلك فله أن يطأها بعد الرهن وإن كان لم يطأها قبل ذلك ولا يضر بماله شيئاً بدخوله عليها، لأن ذلك من حقوق الزوجية فلا يضر بالرهن شيئاً ولا يمنعه الراهن لأن الرهن لا يحرّم ما هو حلال في حق الغير، أصل ذلك البيع لا يمنع حقوق الزوجية، مع

أن يجري في الأمين الخلاف السابق في باب ما يأمر صاحب الدين غريمه، وفي باب إرسال الدين لصاحبه هل يكون حجة أو لا؟ حيث قال في الأول: وأما الأمين الواحد فإنه لا يكون قوله حجة فيما ذكرنا كله حجة، وعند بعض: أنه كل من صدّقه الرجل فإنه يكون له حجة وعليه حجة فيما بينه وبين الله الخ .. وقال في الثاني: وإن قال له الذي أرسله معه: قد وصلته لصاحبه فإن كان أميناً فقد برىء، وإن كان غير أمين فلا يبرأ بقوله حتى يعلم بوصوله، إلا على قول من قال: التصديق حجة فيما بينه وبين الله، ومنهم من يقول: برىء من الدين إن أرسله مع الأمين ولو لم يسأله بعد ذلك، والقول الأول عندي أصح، إلى أن قال: حتى يعلم ببراءة ذمته كما علم بشغل ذمته والله أعلم.

قوله: وكذلك الوالد من مال ولده، الظاهر أنه إذا كان الولد طفلاً لا فرق في الوالد بين أن يكون أميناً أو غير أمين لأنه بمنزلة ماله، وأما إن كان بالغاً فالظاهر كالأجنبي لأنه لا يحل له من ماله إلا ما يقضي به حاجته والله أعلم فليحرر.

قوله: أصل ذلك البيع، مبتدأ وخبر، يعني إذا بيعت وهي متزوجة، فإن الزوج لا يمنعه من الوطء انتقال الملك إلى المشتري والله أعلم.

أن الرهن أسهل في هـــذا ،لأن البيـع خـــروج ملـــك ، وليس الرهن كذلك ، وكذلك غير المرتهن إن تزوج تلك الأمـة فله وطؤها بعد الرهن، ولا يذهب من مال المرتهن مثل مهرها كما ذكرنا، وما ولدت تلك الامة فإنه يباع معها إذا كان مع الرهن ، وما حدث بعد الرهن فقد ذكرنا في صدر الكتاب أن النسل المحدث بعد عقد الرهن لا يباع مـع الرهن إلا ما كان في بطنها وقت البيـع،فإنه يباع معها كان مع الرهن أو حدث بعد الرهن.وأما إن زَّوجها الراهن من أخيه أو ابن أخيه أو غيرهما

قوله : وليس الرهن كذلك، أي ليس الرهن خروج ملك حال العقد ، وإن كان يؤول إلى ذلك بعد الأجل .

قوله : فله وطؤها بعد الرهن ، يعني والحال أنها تزوجت قبل ذلك ، وأما بعد الرهن فالظاهر أنه لا يصح تزويجها لأن الراهن ممنوع عن الرهن ، والمرتهن ليس له ذلك لكن لو فرض أنه تعدى الراهن فزوَّجها فهل للمرتهن فسخـه؟ وهو الظاهر ،أو لا يكون المهر من جملة الرهن؟ والله أعلم فليحرر .

قوله : ولا يذهب من مال المرتهن، لعله إنما نص على هذا لأنه ربما يتوهم أن ذلك الوطء استنفاع بالرهن وهو منقص له مثلاً والناقص على المرتهن. وهو قدر المهر فنفي ذلـك ، والعلة في ذلك ما ذكر أولاً وهو أن الوطء من حقوق الزوجية وأن الرهن لا يحرِّم ما هو حلال والله أعلم .

ممن لا يستخدم الراهن أولادهم قبل الرهن ثم رهنها بعد ذلك فما ولدت منه قبل الرهن أو بعده فهم أحرار، كان الفضل عن حق المرتهن أو لم يكن في الرهن،لأن ذلك غير داخل في الرهن يستثنيه الراهن عند عقد الرهن، وكذلك عقد البيع والله أعلم. وإن كان الراهن هو الذي تسرّى تلك الأمة قبل الرهن فليس له ان يتسراها بعد الرهن، أصل ذلك البيع لأن الرهن يؤول الى خروج الملك. والدليل على ذلك أن الراهن ممنوع من التصرف فيه وإن وطئها الراهن بعد ما رهنها للمرتهن فللمرتهن

قوله :لا يستخدم الراهن أولادهم ،يعني لأنهم أحرار لقوله ﷺ :(من ملك ذا محرم عتق عليه)[1] والله أعلم .

قوله : قبل الرهن ، هذا ظرف لغو يتعلق بقوله: بتزوجها، يعني وأما بعده فلا يجوز ذلك مطلقاً لأنه ممنوع من التصرف فيه والله أعلم .

قوله : يستثنيه الراهن الخ .. يعني وأما إن لم يستثنه فهم أحرار أيضاً ، لكن إذا لم يستثنه الظاهر أن البيع والرهن فاسدان لأن هذه العقدة قد اشتملت على ما يجوز وما لا يجوز ، فالاستثناء واجب بالنظر إلى صحة العقد ، ويحتمل أن العقد يكون صحيحاً وأن الحمل عيب فقط ، فيثبت له الخيار والله أعلم فليحرر .

قوله : فللمرتهن أن يغرمه الخ .. يعني وله أن يتركه ويتمادى على التسري ولا ينفسخ الرهن ما لم يأذن له .

---

(١) تقدم ذكره .

أن يغرمه عقرها،ويكون في الرهن معها. وكذلك غيره من الناس على هذا الحال اذا وطئها من غير نكاح والله أعلم. وإن أذن المرتهن للراهن أو غيره من الناس في وطئها فقد انفسخ الرهن من يده لفعله ما ليس له، وكذلك إن وطئها المرتهن من غير نكاح فإنه ينفسخ الرهن من يده لفعله ما ليس له أن يفعله، ولا يثبت نسب أولاده معها ويكون عليه مهرها، طاوعته أو لم تطاوعه،لأنها مال الغير، ويسقط عنه الحد بالشبهة الواقعة من

قوله: عقرها، العقر هو دية الفرج، وهو هنا عشر ثمنها إن كانت بكراً أو نصف عشره إن كانت ثيباً.

قوله: وكذلك غيره من الناس، لكل من الراهن والمرتهن تغريمه كما تقدم نظير ذلك.

قوله: فقد انفسخ الرهن من يده الخ .. لكن إذا كان المأذون له هو الراهن فلا عقر لأنه ماله وإن كان غيره فالعقر واجب، وانظر هل هو على المرتهن لكونه آذناً أو على المأذون له لكونه فاعلاً له لما لا يجوز فيه الإذن شرعاً وهو الظاهر والله أعلم فليحرر.

قوله: من غير نكاح، أي سابق، وأما اللاحق فلا يجتمع مع صحة الرهن.

قوله: ويكون عليه مهرها الخ .. فلو حملت من ذلك الوطء وماتت بسبب الحمل؛ الظاهر أنه يضمن قيمتها لأنه السبب في ذلك والله أعلم.

قوله: ويسقط الخ .. قال شيخنا رحمه الله: قد وافق أصحابنا أبو حنيفة فقال: يسقط عليه الحد لشبهة كونها مرهونة، ولم يقل أحد من المسلمين بحل الوطء.

أجل ماله. وأما الراهن اذا وطئها على ما ذكرنا فإنه يثبت نسب أولاده معها، كان الفضل عن حق المرتهن أو لم يكن، لأنه ماله، ويكون ولده معها حراً، ويجوز للمرتهن أن يبيعها ويستثني ما في بطنها، وإن ماتت من أجل ذلك الحمل فلا يذهب مال المرتهن بذهابها ويرجع به على الراهن لأنه هو الذي أفسد الرهن والله أعلم وأحكم، وفي الأثر : واذا رهن رجل لرجل بيتاً أو داراً أو حانوتاً أو ما أشبه ذلك وللمرتهن فيها قبل الرهن خزين طعام أو متاع أو وديعة أو ما أشبه ذلك فله أن يدخل الى ماله بعد الرهن ويأخذ منه حاجته كما كان يدخل إليه قبل الرهن، وأما أن يزيد فيه فلا، وكذلك إذا كان المرتهن فيها ساكناً قبل الرهن ثم رهنها عنده فلا يسكن فيها بعدما رهنت عنده، والأصل في هذا فيما يوجبه النظر أن كل ما كان له أن يفعله قبل الرهن بحق فلا يمنع بعد الرهن من فعله، أصله البيع، أعني لا يمنعه المشتري من الدخول إلى ماله بعد الشراء،

قوله : فله أن يدخل إلى ماله الخ .. ظاهره ولو تكرر ذلك مع إمكان أخذه في أقل من ذلك، وفيه تأمل، وقد يستفاد ذلك من كلامه في الفرق الآتي لأنه من المعلوم أنه لومنعه من استمرار الدخول مع إمكان إخراج متاعه لكان له ذلك والله أعلم .

قوله : وكذلك إذا كان المرتهن فيها ساكناً الخ.. هذا تشبيه بقوله : وأما أن يزيد فيه فلا .

والفرق بين الخزين والسكنى أن الخزين لو منعه صاحب البيت المرهون من الدخول إلى ماله قبل الرهن لم يمنع بذلك ، والسكنى بخلافه إذا منعه منع والله أعلم.واذا رهنه دابة وعليها سرج أو كور أو حوية :أو ما أشبه ذلك من الآلات التي تكون على الدواب مثل القيد والخطام والشكال فلا يدخل في الرهن شيء من ذلك إلا أن يدخلوه فيه بشروطهم ، بخلاف البيع لأن السوم في البيع يأتي على ذلك . وإذا قال رجل لورثته عند موته: هذا الشيء عندي رهن قد رهن في كذا وكذا ولم يسمّ لهم صاحبه فلا يبيعوه ولا يستوفوا منه حقهم ، ومنهم من يرخص لهم في بيعه ويستوفوا منه حقهم وما بقي منه فليطلبوا به وصوله الى صاحبه ما قدروا عليه، ومما يجوز للمرتهن أيضاً بيع الرهن.

قوله: كور ،في الصحاح: والكور بالضم الرحل بأداته ،والجمع أكوار وكيران.

قوله : ولم يسم صاحبه ، قد يؤخذ منه حكم الراهن بالنسبة إلى المرتهن إذا لم يعرفه ولم يرجَ الوصول إليه وكان الرهن سخرياً والله أعلم .

باب في بيع الرهن

وفي الأثر: واذا كان الرهن في يد المرتهن فأراد بيعه بعد حلول أجله وهو دار أو فدان أو بستان أو ما أشبه ذلك من الأصول فإنه يأتي للحاكم فيقول له: فلان بن فلان لي عليه كذا وكذا ديناراً من قبل بيع كذا وكذا لشيء فيسميه الى أجل. وقد أدرك أجله، وقد رهن لي فيها الفدان الذي في مكان يسمى بكذا وكذا رهنا يباع على الأجل وبعد الأجل، وأجل بيع ذلك الرهن على أجل الدنانير، ثم يأتي بعد ذلك على جميع شروطه في

باب في بيع الرهن

قوله: وفي الأثر في يد المرتهن، لعل التقييد بـه بالنظر إلى الغالب وإلا فالمسلط أيضاً يحتاج إلى التبليغ عند الحاكم.

قوله: وما أشبه ذلك من الأصول، يعني وأما غير الأصول فلا يحتاج إلى ذلك إلا على جهة الاحتياط كما سيأتي.

الرهن أول مرة كما ذكرنا في صدر الكتاب إذا كانت شروطها على ذلك في عقد الرهن، ثم يقول له الحاكم: بيِّنْ لي ذلك، فيأتي بشهوده على ذلك ويقول الشاهد الأول منهم يقول للحاكم: إنما أخبرلك الخبر فلان بن فلان يعني المدعي، له على فلان بن فلان، يعني، المدعى عليه، وهو الراهن، كذا وكذا ديناراً من قبل بيع شيء بكذا وكذا إلى أجل، وقد أدرك أجله ورهن له فيه الفدان الذي له في مكان يسمى بكذا وكذا رهناً يباع على الأجل وبعد الأجل وأجل بيع ذلك الرهن على أجل الدنانير، ثم يأتي على جميع شروطه التي ذكرها المرتهن، إذا كان الامر كذلك فإن غلط الشاهد في ذلك فليرجع ويعيد، وليس مثل الشهادة، ثم يبلغ غيره من الشهود ذلك، ثم يأمره الحاكم بعد ذلك ببيعه إذا كان الشهود عنده مرضيين وكانت الدعوة والشهادة جائزة، وجاز للمرتهن أن يدعي ما ذكرنا ويشهد عليه كما ذكرنا حضر الراهن لذلك أو لم يحضر، ويجزيء في ذلك

قوله: في صدر الكتاب، أراد به أول باب الرهن، ولعله سماه كتاباً لأن الكتاب مشتق من الكتب بمعنى الجمع، وذلك حاصل في الباب والله أعلم.

قوله: أخبر لك الخبر الخ، إنما يأتي بلفظ الخبر دون الشهادة ليصيب الرجوع إذا غلط بخلاف الشهادة كما سيأتي والله أعلم.

قوله: جائزة، المناسب جائزتين.

قوله: ويجزي في ذلك شهوده الخبر دون الشهادة، بمعنى أن الشهود يجزيهم

شهوده الخبر دون الشهادة ، أنكر الراهن ذلك أو لم ينكره ، وكذلك خليفة الميت على الوصية فإنه يدعيها عند الحاكم ويستشهد عليها ويجزي في ذلك الخبر دون الشهادة، إذا لم ينكرها الورثة وإن أنكر ذلك الورثة بأول فلا يجزيه إلا الدعوى عليهم بحضورهم والشهادة،ومنهم من يقول:عليه في الرهن مثل ذلك إذا أنكر الراهن ذلك فلا يجزيه إلا الدعوى والشهادة،وروى الشيخ رضي الله عنه عن أبي سهل رضي الله عنه: إذا كان للمرتهن على الراهن دين فرهن له فيه رهناً بحضور أهل منزله والرهن الذي ذكرنا هو الأصل ثم بلغ أجله فإنه يأتي إلى الشهود الذين يشهدون للدين والرهن فيخبرهم بذلك فينادى على الرهن ويستقصي عليه على علم منهم بمناداته واستقصائه ثم يبيعه بين أيديهم، فإن عارض الراهن المشتري فيه بعد ذلك فليأتِ بأولئك الشهود عند الحاكم فيخبروه بالدين والرهن ومناداته واستقصائه وبيعه،ثم يشهدوا بعد ذلك أنه له بالشراء على المرتهن

أن يقولوا الخبر دون أن يقولوا : نشهد ، وذلك لما تقدم لأنه يتوسع في الأخبار ما لا يتوسع في الشهادة والله أعلم .

قوله : يدعيها عند الحاكم ، يعني من غير حضور الورثة .

قوله : إلا الدعوى ، يعني بحضور الراهن كالورثة ، وإلا فالدعوى لا بد منها مطلقاً كما في القول الأول أيضاً .

قوله : للدين ، لعله بالدين .

وكذلك الوصية على هذا الحال ، قال:وقد كان الماضون يفعلون ذلك، وأما الرهن المقبوض من الحيوان أو غيره من المتاع والثياب فلا يحتاج إلى إتيان الحاكم في بيعه لأنه في يده وهو القاعدفيه، وإن أتى إلى الحاكم مثل الأصل فهو أحوط له لما يحدث إليه من قبل الراهن بعد ذلك، فإذا بلغ المرتهن على الرهن الخبر عند الحاكم كما وصفنا وأمره الحاكم ببيعه فإنه ينادي عليه حتى يستقصي ثمنه جيداً ثم يأتي إلى الحاكم على ذلك بالأمناء ثم يأذن له الحاكم في بيعه ، ويبيعه متى شاء بين يدي الحاكم أو غيره ، وإذا كان الرهن حيواناً أو طعاماً فليمسكه المرتهن بيده ثم ينادي عليه الطوّاف وهو في يده أو ينادي هو عليه بنفسه ولا يجعله في يد الطوّاف لئلا يخرج رهناً كان بيده إلى غيره فيدخل عليه الضمان، وإذا نادى عليه فليبعه هو بنفسه ولا يأمر الطواف أن يبيعه إلا إن كان ذلك في شروط الرهن ، ومن الفقهاء من يقول : لا يجوز للمرتهن أن يأمر من يبيع رهنه ولا أن يستخلف على بيعه ولو كان ذلك في شروط

قوله : حيواناً أو طعاماً، يعني وغير ذلك من المنتقلات كما ترشد إليه العلة ، فالمناسب أن يقول مثلاً : أو غيرهما من المنتقلات والله أعلم .

قوله : ولا يجعله في يد الطوّاف ، يعني ولا في يد غيره كما ترشد إليه العلة والله أعلم .

الرهن ولكنه إذا لم يحسن البيع فليلقّن ، فهذا يدل من قائله أن الشروط لا تبيح ما لا يجوز ولا تمنع ما هو جائز ، ولا يعطي المرتهن من الرهن أجرة الحمال الذي يحمله إلى السوق ولا الطواف الذي ينادي عليه ولا الكيال الذي يكيله ولا الوزان الذي يزنه من جهة أن الأمين ببيع الرهن مقيد ، والمقيد لا يتعدى إلى ما سواه ، وكذلك اللقطة والضالة والوصية إذا أراد بيعها لا يعطي شيئاً مما ذكرنا للحمال والطواف والكيال والوزان، ويعطي ذلك كله من نفسه كما ذكرنا ، وأما خليفة الغائب واليتيم فلا بأس أن يعطي ما ذكرنا من أموالها إن أراد أن يبيعها لأن خليفة الغائب مطلقة يقوم مقام من استخلف عليه ، تفعل ما يفعله على الاطلاق ، وذهب بعض ، إلى

قوله : فهذا يدل من قائله أن الشروط الخ ، هذا غير مناسب لقوله ﷺ : (المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً)[1] ولعل هذا القائل يرى أن هذا الشرط أحلّ حراماً لأن الشرع لا يبيح له أن يخرج الرهن من يده، فصار كاشتراط الضمان في القراض على الراجح لأنه أمانة، والله أعلم .

قوله : والمقيد لا يتعدى إلى ما سواه ، الظاهر أنه إذا شرط ذلك يدركه ويرشد إلى ذلك قوله بعد : ويكون كالمنطوق به والله أعلم .

(١) تقدم ذكره .

أن المرتهن وخليفة الوصية يجوز لهما أن يعطيا ما ذكرنا من ذلك الشيء الذي يجوز لهما أن يبيعاه مما لا يصح امتثال الفعل إلا بـه ويكون كالمنطوق حين ضمنه الآمر ، وكذلك اللقطة والضالة وكل ما كان في يده مما يجوز له أن يبيعه ، والقول الأول أصح فيما يوجبه النظر. وجائز للمرتهن أن يبيع الرهن لوالده وولده وامرأته وأخيه، أصله الوكالة تقتضي أن يبيعه للغير ، والغريب والأجنبي داخل تحت الغير ، وأما عبده فلا يبيعه له لأنه ماله وهو بمنزلته ، وكذلك لا يأمر من يشتريه له، لأن وكيله في مقامه ، وكذلك لا يبيعه المسلط للمرتهن لأنه وكيل المرتهن والراهن جميعـــاً ، وإن باعـــه له فلا يجوز بيعه إياه له ، وإن باعه كما يجوز بيعه ثم اشتراه من المشتري أو

قوله : مما لا يصح، «ما» بدل من ما ذكرنا، وفي غالب النسخ مما ويكون بياناً لما ذكرنا .

قوله : والقول الأول أصح ...(كذا في الأصل)

قوله : وولده أي البالغ أو خليفة ولده الطفل إن كان له خليفة ، وظاهـره أنه يبيعه لولده وإن لم يجزه عن نفسه وهو الظاهر لأنه مالك لنفسه والله أعلم .

قوله : داخل، لعله داخلان.

قوله : وكيل المرتهن والراهن جميعاً، وذلك المسلط وكيل المرتهن من جهة البيـع ووكيل الراهن عند البيـع من جهة الحرز .

ولاءً له فلا بأس بذلك ما لم يكن اتفاقهما على ذلك قبل البيع ، ولا يدرك المرتهن ولا المسلط شفعة الرهن إذا كان مما يكون لهما شفعته لأن بيعهما إياه كالتسليم للشفعة فلا ينقض فعلهما ، ولا يباع جميع المرهون إلا بالدنانير والدراهم إذا لم يكن فيه الشرط أن يباع بغير ذلك لأن أصل البيع أن يكون بالدنانير والدراهم وهي أثمان الأشياء ، والأشياء مثمنات لها ، فإن كان دين المرتهن دنانير أو دراهم قضاه في دينه ، فإن كان له عليه غير الدنانير أو الدراهم اشتراه بالدنانير أو الدراهم ثم يقضيه في دينه ، ومنهم من يقول : جائز أن يبيعه بما رهن فيه إذا كان مما يكال أو يوزن ، وإن كان الرهن في الدنانير فباعه بالدراهم أو في الدراهم فباعه بالدنانير ثم صرف الذي

قوله : ولا يدرك المرتهن الخ ، يؤخذ منه أن الوكيل على شيء يدرك فيه الشفعة حكمه كذلك ، وانظر هل خليفة اليتيم إذا باع من ماله شيئاً يدرك فيه اليتيم الشفعة ، هل تفوت اليتيم أو لا؟ والظاهر أنه لا تفوته لأنه له أن يشتريه له كما تقدم في باب الطوافة والله أعلم . ويفرق بين الخليفة والمرتهن والمسلط بأن الخليفة حين تولى الخلافة لم يدخل على أنه يبيع وإنما الاحتياج إلى بيع ماله طارىء عليه ، بخلاف المرتهن والمسلط فإنما دخلا على أنهما يبيعان ذلك فسقط حقهما في الشفعة والله أعلم .

قوله : ثم صرف الذي رهن فيه ، يحتمل المراد أنه يصرف ذلك حقيقة ليأخذ عين ما يستحقه ، وهو المتبادر من الصرف ، ويحتمل أن يكون المراد أنه يقدر

رهن فيه بعد ذلك فلا بأس، لأن الدنانير والدراهم جنس واحد، وهما أثمان الأشياء. وأما إن رهن في الدنانير أو الدراهم فباعه بغيرهما فلا يجوز بيعه إياه إلاَّ أنه يجيزه الراهن، وكذلك إن باعه إلى أجل فلا يجوز بيعه إلا أن يجيزه الراهن، وكذلك إن باعه بيع الخيار فلا يجوز بيعه إلا أن يجيزه الراهن، وإن شرط ذلك المرتهن في شروط الرهن أول مرة أن يبيعه بغير الذهب والفضة أو إلى أجل أو بيع الخيار فذلك كله جائز، وفي بعض كتب المتقدمين من أصحابنا: وإذا وكله ودفع إليه ثوباً يبيعه له ولم يشترط عليه أن يبيعه نقداً ولا نسيئة ولا بعروض فباعه بدراهم أو بدنانير بنقد فذلك جائز باتفاق، وإن باعه بنسيئة بدنانير أو دراهم ففي ذلك

ذلك في نفسه، ويأخذ نظير ما يستحقه وهو المتبادر من قوله: لأن الدنانير والدراهم جنس واحد إن كان علة لقوله يباع بالدراهم الخ، والأول أحوط والله أعلم.

قوله: لأن الدنانير الخ، علة لقوله: يباع الخ.

قوله: وفي بعض كتب المتقدمين الخ، المراد ببعض كتب المتقدمين كتاب أبي عبد الله محمد بن بركة كما نص عليه رحمه الله في باب بيع الدين، وساق كلامه إلى قوله: وجب جواز الفعل منه والله أعلم، إلا أنه أسقط[1] فيه فيما تقدم قوله هنا وإن باعه بعروض نقداً أو نسيئة فلا ضمان عليه إلى قوله: ومن ذهب من أصحابنا الخ، وتقدم هناك ما عليه من الكتابة فليراجع.

---

(١) كذا في الأصل.

خلاف بين أصحابنا، فبعضهم ضمنه الثمن، وبعضهم أجاز له الفعل لأن الناس بيعهم النقد والنسيئة ، وإن باعه بعروض بنقد أو نسيئة فلا ضمان عليه ، وقال الشافعي : إذا باع الوكيل أو المأمور بالنسيئة ضمن إلا أن يفعل ذلك بأمر الموكل والآمر ومن ذهب من أصحابنا إلى

قوله : ضمنه الثمن، أي مع إبطال الفعل كما يدل عليه كلامه معهم بعد ، ويحتمل أن أصحاب هذا القول أجازوا له البيع لأنه مأذون فيه وليس بمنفسخ، وحيث كان كذلك فيمضي بالثمن الذي به ويضمنه الوكيل حيث تعدى فيه وأطلقه من غير إذن صاحبه ،وهذا هو المناسب لقولهم: يضمن الذي باعه به وكيف يضمن بهم رحمهم الله أنهم يقولون بفساد البيع ويضمنونه الثمن الذي باع به ،فإن مثل هذا لا يصدر ممن له أدنى عقل،وكيف يضمن الوكيل لموكله شيئاً لا يستحقه ولولا تقييده الثمن المضمون بقوله الذي باعه به لحمل الثمن على القيمة لتساويهما غالباً وقلنا بفساد البيع ، لكن التقييد مانع من ذلك إلا أن يثبت عندهم أنهم صرحوا بفساد البيع ، والحاصل أنه إن كان البيع فاسداً وفات المبيع فالمضمون القيمة أو المثل ،وإن كان صحيحاً فالمضمون عندهم الثمن لتعديه فيه والله أعلم، والأولى ما صدر به المصنف رحمه الله وهو أن البيع فاسد إلا أن يجزه صاحب الشيء ،فإن فات المبيع ضمن الوكيل قيمته أو مثله والله أعلم .

قوله : وإن باعه بعروض الخ ، الظاهر أن هـذا تتمة القول الثاني ، وإلا فالعروض نسبة أخرى في الخلاف فلا ينافي ما سيأتي قريباً حيث قال : وإذا باع مثل الحب والتمر وغير ذلك من سائر العروض الخ ، ولكن يجب أن يكون المراد بقوله بعد : فعند أصحابنا غالبهم مثلاً لئلا يلزم التناقض ، ويحتمل أن هذا بناه على مختاره ، وما سيأتي على كلام الأصحاب والله أعلم .

تضمين الوكيل ما باع بالنسيئة أنه يضمنه الثمن الذي باعه به وهو قول عندي فيه نظر لأن علتهم في ذلك البيع بالنسيئة إتلاف مال الموكل، وإذا كان متلفاً كان متعدياً والبيع غير جائز عندهم، ولو كانت هذه علة تصح في النظر كان المضمون قيمة المتعدى فيه والمتلف على صاحبه لأن البيع عندهم جائز، وإن كان البيع مستحقاً والبيع جائز به فلا ضمان على الوكيل والمأمور والله أعلم. وإذا باع بعروض مثل الحب والتمر وغير ذلك من سائر العروض فعند أصحابنا أنه ضامن والبيع به غير جائز لأنه باع بغير ثمن لأن الدراهم والدنانير

قوله: البيع بالنسيئة، مبتدأ، وقوله: إتلاف مال، خبر، والجملة خبر ان، والمناسب أن يقول إن البيع بالنسيئة الخ.

قوله: والمتلف على صاحبه، يحتمل أن يكون بالجر عطف تفسير على المتعدى فيه، ويحتمل أن يكون بالنصب عطف على الخبر فيكون الأول راجعاً للمقومات والثاني للمثليات والله أعلم.

قوله: وإن كان البيع مستحقاً، أي صحيحاً لازماً، والبيع بمعنى المبيع والمراد به الثمن بدليل قوله: والبيع جائز به لأن كلا من الثمن والمثمن يصح أن يكون مبيعاً ومشترى، والمعنى إن كان البيع أي الثمن مستحقاً لصاحب البيع مثلاً أي صار حقاً من حقوقه والبيع جائز به الخ، ويحتمل أن يراد بالبيع المبيع الذي هو المثمن فإن الضمير في قوله والبيع جائز به عائد على الثمن المعلوم من المقام، وإن كان البيع أي المبيع مستحقاً للمشتري صار حقاً من حقوقه والبيع جائز بذلك الثمن فلا ضمان الخ، والله أعلم.

أثمان الأشياء والعروض مثمنات غير أثمان ، والنظر يوجب عندي إسقاط الضمان وجواز البيع لأن حقيقة البيع هو إخراج الشيء من الملك على بدل له قيمة يتعوض عليه وهو عين ملك ، فلما كان هذا الوكيل قد أعطى ثمناً من الثوب المأمور ببيعه بدلاً له قيمة وهو عين مال وجب جواز الفعل منه والله أعلم. وإذا وهب المرتهن الرهن هبة واشترط الثواب ، فلا تجوز هبته ولو مع شرط الثواب ، وكذلك إذا كان الرهن عبداً فكاتبه فلا تجوز كتابته إياه ـ ولو كاتبه بأكثر من ثمنه ـ لأنه لم يؤمر بذلك ، فإذا فعل ما لم يؤمر به خرج من حد الأمر ، والفرق بين هذه المسألة والأولى أن الأولى فعل فيها ما أمر به من البيع ، ألا ترى أنه زاد فيه

قوله : فلا تجوز الخ ، ظاهره ولو كان الثواب أكثر من قيمة الرهن لأنه لم يؤمر بذلك والله أعلم .

قوله : خرج من حد الامر ، يعني: وينفسخ الرهن ولا يخرج العبد حراً بذلك والله أعلم .

قوله : والفرق الخ ، حيث وقع الاختلاف في الأول هل هو صحيح أو فاسد؟ ووقع الاتفاق على البطلان في هذه ، والله أعلم .

قوله : من البيع ، يعني وإن كان صحته تتوقف على الإجازة عند بعضهم.

على ما يجزيه أو نقص من بعض صفاته مثل بيع الأجل وبيع الخيار ،وهذا لم يفعل ما يسمى بيعاً والله أعلم . وإن قال قائل : ما الفرق بين هذه الوجوه والبيع المفسوخ؟ قيل له: البيع المفسوخ لا يجوز ، ولو أجازه المتبايعون لأنه منهي عنه بالشرع بخلاف هذه الوجوه والله أعلم . وإذا قال الراهن أو غيره من قريبه أو صديقه للمرتهن : خذ مالك على الراهن، فلا يجوز أن يبيعه بعد ذلك بعدما عرض عليه أخذ ماله : وإن باعه على ذلك الحال فلا يجوز بيعه إياه لأنه ضرر منه ، وكذلك لا يبيع الأصل إذا كان يجد في الثمار وفاء لحقه ، وكذلك إذا كان الرهن حيواناً وكان في غلته وفاء

قوله : مثل بيع الأجل وبيع الخيار، الظاهر أنه من اللف والنشر المرتب، فالأول إلى الأول والثاني للثاني .

قوله:بين هذه الوجوه، يعني التي زاد فيها أو نقص،فإنه إذا أتمها الراهن تمت بخلاف بيع الانفساخ فإنه لا يجوز إتمامه ، وتقدم أنه ينفسخ الرهن بذلك ولكنه ربما يتوهم أنه حيث يسمى بيعاً لا فرق بينه وبين هذه الوجوه حيث لم تجز ابتداء، لكن لا حظّ للنظر مع وجود الأثر ، والحاصل أن بيع الإنفساخ ينفسخ به الرهن ، وهذه البيوع لا ينفسخ بها الرهن وإن لم يجزها الراهن حيث كانت من جهة البيوع التي تجوز في الشرع والله أعلم .

قوله : على الراهن ، ليس ظرفاً لغواً متعلقاً بخذه ، وإنما صلة محذوفة والتقدير :خذ مني والأمر سهل.

لحقه دون بيع الحيوان فلا يبيع الحيوان بعدما كان يجد وفاء حقه في غلتها من سمن أو لبن أو جبن أو صوف أو ما أشبه ذلك من الغلة . وكذلك خليفة الوصية إذا استخلفه الميت إذا كان يجد تمام الوصية في الغلة والثمار فلا يبيع الحيوان والأصل دون الغلة والثمار لأن ذلك منه ضرر ، والضرر لا يحل ، لا ضرر ولا إضرار في الاسلام ، وإذا كان في الرهن فضل عن حق المرتهن فلا يبيع منه إلا بقدر حقه ، وقد ذكرنا ذلك في صدر الكتاب.

قوله : فلا يبيع الحيوان، والأصل يعني إذا جعل ذلك رهناً في وصيته ،وأما إذا لم يرهن فإنه ليس له البيع ولكن يجبر الورثة والله أعلم .

قوله : لا ضرر ولا إضرار الخ ، في كتب قومنا: ولا ضرار، بإسقاط الهمزة قال العلقمي بجانبه علامة الحسن ، قال في النهاية: الضرر ضد النفع،ضره يضره ضُراً وضِراراً أو أضرّ به يضر به إضراراً ، فمعنى قوله: لا ضرر، أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه ، والضرار فعال من ضر أي لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه،والضرر فعل الواحد،والضرار فعل اثنين،والضرر ابتداء الفعل ، والضرار الجزاء عليه وقيل: الضرر ما تضرر به صاحبك وتنتفع أنت به، والضرار أن يضره من غير أن ينتفع ، وقيل: هما بمعنى وتكرارهما للتأكيد . انتهى .

قوله : إلا بقدر حقه ، ما لم يشترط بيع الجميع كما تقدم.

والمقصود في هذا الموضع لا يقطع من الارض قطعة فيبيعها لأن ذلك مجهول ، ولكن إنما يبيع منها التسمية بقدر حصته ، وكذلك إذا كان الرهن فدادين أو ثلاثة فلا يبيع واحداً منها إذا كان يجد وفاء دينه فيه، ويترك الآخر لأن ذلك مجهول يكون فيه الغبن، وقل ما يساوي الدين الذي فيه بغير زيادة ولا نقصان، ولكن يبيع بالتسمية منها جميعاً بقدر حقه ، وكذلك خليفة الميت على الوصية نسقاً بنسق ، وإذا كان الرهن بيد المرتهن لرجلين فأراد أحد الراهنين أن يفك سهمه فللمرتهن أن يأخذ منه ما ينوبه من الدين ويبيع سهم صاحبه إذا كان في شروط الرهن أن الرهن في يده إلى آخر حقه ، وإن لم يكن ذلك في شروطهم فلا يبيع سهم صاحبه بعدما أخذ بعض دينه كما ذكرنا ، وإن شاء المرتهن أن يقول له : لا آخذ منك إلا جميع حقي وإلا أبيع فله ذلك ، وكذلك إن مات الراهن وترك ورثته فأراد بعضهم فك سهامهم وأبى الآخرون فهو على هذا المعنى ، وكذلك خليفة الميت على الوصية والله أعلم . وإذا كان في يد رجل رهن مفترقة لرجل واحد ولرجال شتى فأراد بيعها

قوله: فيه الغبن، يعني للراهن ، ولعل محل هذا إذا لم يأذن له الراهن في ذلك وكذلك يقال في الورثة بالنسبة إلى الوصية والله أعلم .

فلا يبيعها في صفقة واحدة لأن ثمن كل واحد منهـــا يحتاج أن يكون معلوماً حتى يقضيه المرتهن في الحق المتعلق به ، ولهذا رخص بعضهم في ذلك إذا كان ثمن كل واحد منها معلوماً قبل البيــــع، والقول الأول هو العمل عليه . وإذا باع المرتهن الرهن الذي كان بيده ثم رُدَّ عليه بالعيب فله أن يبيعه مرة ثانية ، فما كان فيه مــــن فضل عـن البيع الأول فليرده على الراهن ، وإن نقص عـن الثمن الاول فهو ضامن لما نقص عــــن الثمن الاول إذا دلس المشتري بالعيب ، وإن لم يدلس بالعيب عند البيع فلا ضمان عليه ، وإن رده بغير حكم الحاكم فهو ضامن لما نقص في الحكم ولو لم يدلس بالعيب، ولا يضمن فيما بينه وبين الله إلا إن دلس بالعيب والله أعلم. وكذلك خليفة الميت على الوصية والله أعلم.وإن باع المرتهن الرهن الذي

قوله : فلا يبيعها في صفقة واحدة ، أي سواء علم ما لكل واحد أم لا ، كما يدل ما بعده .

قوله : معلوماً ، أي متعيناً مفروزاً ، وإلا فقد يحصل العلم بقدره ولأنه ربما ظهر في واحد منها عيب أو استحقاق مثلاً ، فيقصد بالحكم، والله أعلم .

قوله : ولهذا رخص الخ ، المناسب لما قبله أن يقول : رخص بعضهم الــخ لأنه لم يتقدم ما يصلح للتعليل والله أعلم .

قوله : فلا ضمان عليه ، يعني إن رده بحكم الحاكم ،بدليل ما بعده.

بيده فعلى المشتري أن يدفع إليه جميع الثمن، كان فيه الفضل عن حقه أو لم يكن، فإذا أخذ المرتهن فليقضه في حقه. وفي الأثر: ولا يحتاج في ذلك إلى قضاء الراهن إن اتفقا على التقاضي في أول مرة، وإن لم يتفقا على التقاضي في بدء أمرهما فلا يقضي ولكن يبيع ويمسك الثمن ويكون رهناً بيده لأن ثمن الرهن بمنزلة الرهن في جميع معانيه ما لم يقضه المرتهن في دينه، وفي الأثر: وإذا باع المرتهن الرهن ولم يكن في ثمنه وفاء حقه فليجبر له الحاكم الراهن على ما بقي من غير دعوة ولا شهادة إذا كان بلغ عنده أول مرة وعرف الحاكم الدين وتم الرهن وبيعه، وكذلك إذا كان الفضل عن حق المرتهن في الرهن فليجبر الحاكم المرتهن للراهن على أدائه له من غير دعوة ولا بينة مستأنفة والله أعلم.

باب في اختلاف الراهن والمرتهن

ودعاويهما في ذلك

وذلــك أن اختلافهما لا يخـــلو أن يكون في الرهن أو في الحق . فإذا اختلفـــا كان القول فيه قول المرتهن ، لأنه أمين فيما في يده ، وعلى الراهن البينة ، وإن اختلفا في الحق كان القــول قـول الراهن ، وعلى المرتهن البينة ، لأنه مـــدّع على الراهن . وفي كتاب أبي عبد الله محمد بن بركة : اختلـف الناس في الراهن والمرتهن إذا اختلفا في الحق والرهن ، فقال أهل المدينة : القول قول المرتهن فيما في يده وفي الحق إلى قيمة الرهن ،

باب في اختلاف الراهن والمرتهن ودعاويهما في ذلك

قوله: في الرهن أوفي الحق ، المناسب أن يزيد ، أو في الأجل ، اللهم إلا أن يقال: إن الأجل من توابعهما فإنه فيه تفصيل كما سيأتي .

قوله : وفي الحق إلى قيمة الرهن ، هو مذهب مالك لأنه يقـــول : الرهن كالشاهد في مقدار الدين ، وقوله: إلى قيمة الرهن ، الظاهر أنه متعلق بمحذوف تقديره مثلا : وفي الحق ينظر إلى قيمة الرهن والله أعلم .

وقال أهل العراق : القول في الرهن قول المرتهن ، وفي الحق قول الراهن ، وإلى هذا يذهب أصحابنا. والنظر يوجبه لأنهما مدع ومدعاً وحجة أهل المدينة أن الله تعالى جعل الرهن بدلاً من البينة وقال: ﴿ وليتـق الله ربه ﴾ فلما كانت البينة يحكم بقولها كان الرهن يحكم بقيمته إذا كان بدلاً منها ولم يكن الذي عليه الحق أميناً والله أعلم ، وتفصيل ما ذكرنا : القول في الرهن قول المرتهن، أعني في تلفه وفي صفته بعد التلف ثم يحلف على تلك الصفة فيقومها الأمناء، وكذلك

قوله : بدلاً من البينة ،وقال ﴿وليتق الله ربه ﴾،والمناسب أن يقول: ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾ [1] . فجعل سبحانـــه وتعالى الرهن بدلاً من الشاهد ، وأما قوله ﴿وليتـق الله ربه﴾ محله إذا ائتمنه صاحب الدين ولم يأخذ عليه الرهن وتركه إلى أمانته والله أعلم .

قوله : إذا كان ، لعله إذ .

قوله : ولم يكن الخ . ليس بقيد ، وانما المراد أن الذي عليه الحق فيما عليه من الدين .

قوله : ثم يحلف على تلك الصفة ،أنظر لم قيد الحلف في تلك الصفة دون الذهاب ، وهو المناسب لما تقدم أيضاً في باب ما على المرتهن من الحقوق ، حيث قال : والمرتهن مصدق في ذهاب الرهن الخ . فإن ظاهره أنه مصدق من غـير يمين ، وهو الظاهر ،لأنه لا فائدة في يمينه على الذهاب لأنه قد ضاع به ماله،وأما

---

(١) البقرة : ٢٨٢ .

أيضاً القول قوله في ثمن الرهن إذا باعه بأكثر إن ادعى عليه الراهن أنه باعه بأكثر مما ذكر ، وكذلك أيضاً القول قول المرتهن في الرهن إن اختلف مع الراهن في كم رُهن فيه، إن قال الراهن : رهنته عندك في عشرين وقال المرتهن: لا بل في عشرة ، فالقول قوله ، وعلى الراهن البينة ، وكذلك القول قول المرتهن في جميع ما اتفق على الرهن من جميع ما يدركه على الراهن من النفقات كلها ، وعليه اليمين في هذا كله ، وغلة الرهن ونماؤه حكمه حكم الرهن ، وكذلك أيضاً إن

على الصفة وغيرهما مما ذكر بعد فإنما يدرك فيه عليه اليمين ، لأنه يلزم له الرهن يدفع ما يحلف عليه المرتهن ، فظهر الفرق والله أعلم .

قوله : فيقومها الأمناء، أنظر ما فائدة التقويم مع ما تقدم ، من المعلوم به أن الرهن بما فيه ، والفضل يكون المرتهن أميناً فيه ، ثم ظهر أن فائدة التقويم رجاء أن يكون فيه نقص فيتبع به الراهن والله أعلم فليحرر .

قوله : وقال المرتهن : لا بل في عشرة ، فائدة هـذا تظهر إذا ذهب الرهن فإنه يذهب بعشرة ويتبعه بالعشرة التي لا رهن فيها والله أعلم .

قوله : وعليه اليمين الخ. يؤخذ منه أن حكم الوكيل على النفقة والمصروف، وحكم الخليفة إذا لم يصدقا ذلك ، وظاهره أنـه يحلف مطلقاً ولا يقيد بمـا إذا ادعى ما لا يشبه والله أعلم ، فليراجع .

قوله : حكمه حكم الرهن ، يعني فيكون القول فيها قول المرتهن مـع يمينه ما عدا الذهاب لأنه من ماله .

اختلفا في جنس الرهن فالقول قول المرتهن ، ومثل ذلك وفي الأثر: وإذا قال المرتهن للراهن: هذا هو الثور الذي رهنتني أو العبد وما أشبه ذلك ، وقال الراهن: لا بل هو غيره ، فالقول قول المرتهن مع يمينه، وعلى الراهن البينة بأن رهنه غير هذا ، وكذلك الغاصب والصانع والمستعار والمستودع إذا قال أحدهم لصاحب الشيء: هذا الشيء الذي أودعتنيه أو أعرتنيه أو هذا الشيء الذي غصبته منك فالقول قولهم مع أيمانهم وعلى صاحب الشيء البينة بأن شيئه غير هذا ، وكذلك إن اختلفا في قلة الرهن وفي كثرته مثل إن قال المرتهن للراهن : إنك رهنتني ثوباً واحداً أو عبداً واحداً أو ما أشبه ذلك ، فالقول قول المرتهن مع يمينه ، وعلى الراهن البينة ، وكذلك إن اختلفا في حدوث العيب مثل إن قال الراهن للمرتهن : رهنتك إياه صحيحاً فجنيت عليه هذه الجناية . وقال المرتهن : لا بل رهنتيه منقطعاً أو مكسوراً ، على حاله هذا ، فالقول قول المرتهن مع يمينه ، وعلى الراهن البينة ، فإن

قوله : فالقول قولهم الخ ، يعني لأنهم غارمون ، والقاعدة أن القول قول الغارم مع يمينه .

قوله : فجنيت ، الظاهر قراءته بالبناء للمجهول يشمل جميع ما حدث عنده من الجنايات كما يدل عليه كلامه بعد .

أتى بالبينة فليغرم المرتهن ما أحدث عنده من العيوب أو يكون ذلك قضاء من حقه ، وكذلك الغاصب ، والصانع ، على هذا الحال وكذلك إن ادعى عليه الراهن ، أنه باعه بيعاً فاسداً أو أنه انفسخ من يده أو ذهب بعضه ، فعليه البينة في هذا كله ، وعلى المرتهن اليمين ، كما ذكرنا . وأما اختلافهما في الدين ، إذا قال المرتهن: عشرون ديناراً ، وقال الراهن : لا بل عشرة ، فالقول قول الراهن في الحق ، وعلى المرتهن البينة فيما يدعيه ، وكذلك أيضاً إن اختلفا في جنس الدين ، مثل إن قال المرتهن رهنتني رهنك في الدنانير . وقال الراهن : لا بل رهنتك إياه في القمح ، أو الشعير ، أو ما أشبه ذلك مما خالف الدنانير ، فالقول قول الراهن ، وعلى المرتهن البينة كما ذكرنا ، إلا إن ادعى إليه الراهن أنه دفع إليه الدين ، فعليه البينة بما ادعى ، وعلى المرتهن اليمين إن لم تكن له بينة ، وأما إن اختلفا في الأجل مثل إن قال الراهن: الدين إلى أجل ، والرهن إلى أجل ، وقال المرتهن: الدين قد حل وبيع الرهن مثله ، فعلى الراهن البينة أن الدين والرهن إلى أجل ، ويجزيه الخبر في ذلك دون الشهادة ، وكذلك أيضاً إن تصادقا

قوله : باعه بيعاً فاسداً، يعني فقد انفسخ الرهن .

على الأجل واختلفا فى مقداره ، فالقول قول المرتهن ، وعلى الراهن البينة فيما يدعيه من كثرة الأجل ويجزيه الخبر في ذلك ، وأما إن تصادقا على الأجل وفي مقداره ، فقال المرتهن : قد حل الأجل وقال الراهن : لم يبلغ أجله ، فالقول قول الراهن ، وعلى المرتهن البينة ، ويجزيه الخبر في ذلك والله أعلم .

قوله : قد حل ، هو حال لا أجل له بدليل ما بعده والله أعلم .

كتاب الشفعة

باب في الشفعة

والشفعة واجبٌ الحكم بها ، لما روي عن الرسول عليه السلام قال : (الجار أحق بصقبه)[1] ، يعني

قوله : في الشفعة ، قال العلقمي : الشفعة بإسكان الفاء ، وُحكي ضمها وهي لغة : الضم على الأشهر؛ من شفعت الشيء ضممته ، وهي : ضم نصيب إلى نصيب ، ومنه شفع الأذان، وشرعاً : (تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض) انتهى .

قوله : واجب الحكم بها لما روي الخ ، لو استدل أيضاً بما ورد عنه ﷺ أن قاطع الشفعة لا يريح رائحة الجنة لكان أنص على المراد .

قوله : بصقبه ، بفتح المهملة والقاف بعدها ، يروى بالصاد والسين ويجوز في القاف الإسكان أيضاً ، وهو في الأصل القرب والملاصقة ، يقال : صقبت داره بالكسر ، أي قربت ، قال العلقمي : ويحتج بهذا الحديث من أوجب الشفعة للجار ، وإن لم يكن مقاسماً ، أي أن الجار أحق بالشفعة من الذي ليس بجار ، ومن لم يثبتها للجار تأول الجار على الشريك ، فإن الشريك يسمى جاراً ،

(١) رواه أحمد والنسائي وابن ماجه .

بشفعته ، وفي رواية أخرى ، أن النبي ﷺ قال : (أيما رجل له شريك في دار أو ربع ، فأراد أن يبيعها ، فلا يبعها حتى يعرض على شريكه ، فإن أراد فهو أولى)[1] ، فإذا صح وجوبها فلنبدأ أولاً في أركانها ثم في أحكامها ، فالأركان أربعة : المشفوع فيه ، والشافع ، والمشفوع عليه ، وصفة أخذ الشفعة .

ويحتمل أن يكون أراد أنه أحق بالبر والمعونة وما في معناهما بسبب قربه من جاره ، كما في الحديث الآخر : (أن رجلا قال : يا رسول الله : إن لي جارين فإلى أيهما أهدي ؟ قال : إلى أقربهما منك باباً)[2] ، فإن الحديث ليس فيه ذكر الشفعة ، وعن الأصمعي أنه سئل عن معنى هذا الحديث فقال : لا أدري ، ولكن العرب تزعم أن الصقيب اللزيق الخ .

قوله : يعني بشفعته ، فعلى هذا يكون مجازاً مرسلا من تسمية المسبب باسم السبب ، وذلك لأن الصقب معناه القرب ، وهو سبب في الشفعة والله أعلم . وأبقاه بعضهم على حاله ، أي الجار أحق بسبب قربه .

قوله : حتى يعرض على شريكه فإن أراد فهو أولى ، ظاهره أنه إذا لم يرد يكون غيره أولى وأنه لا يدركها بعد ذلك ، ولعله لهذا ذهب أصحابنا المشارقة رحمهم الله ، إلى أنه لا شفعة في النداء ، ولم يتعرض لهذا في الإيضاح ،

---

(١) رواه مسلم والنسائي وابو داود .
(٢) رواه الخمسة إلا النسائي .

ولا غيره مما رأيته ، وإنما تعرض في الإيضاح لتسليمها ، وذكر أنه إذا سلمها قبل الشراء أو أذن فيه ، فيه قولان، وصدر بأنه لا يدركها ، ولعل مسألة ما بيع بالنداء كذلك لأن تركه للزيادة يعد إذناً في الشراء ، فيجري فيه الخلاف والله أعلم ، فليحرر .

باب في معرفة المشفوع فيه

فقد اتفقوا أن الشفعة في الأصول والعقارات من الدور والبيوت والفدادين ، والمزارع ، والبساتين ، والأجباب ، والصهاريج ،

باب في معرفة المشفوع فيه

قوله : في الأصول ، قال في الديوان : والأشجارَ التي تدرك فيها الشفعة ، هي التي يحول عليها الحول وهي ثابتة في الأرض ، وأما كل ما لا يحول عليه الحول من نبات الأرض ، مثل البقول وجميع المزارع على اختلافها فلا شفعة فيها ، الخ .

قوله : والأجباب ، الظاهر أنه أراد جمع جب ،ولم يذكره في الصحاح حيث قال : الجب - البئر التي لم تطو ، وجمعها جِبَابٌ وجِبَبَةٌ الخ ، والظاهر أن المصنف رحمه الله ، أراد بالاجباب ، المواجل باصطلاح أهل المغرب ، كما يرشد إلى ذلك كلامه في البيوع مراراً ، ولتقدم ذكر الآبار .

قوله : والصهاريج ، جمع صِهْرِيج قال في الصحاح : والصهريج واحد

والحمامات ، والأنادر ، والغيران ، وما أشبه ذلـــك من الأصول ، . والدليل على هذا ما روي أنه قال عليه السلام : (الشفعة للجـار ما لم تقسم وتقع الحدود) ، فكأنه قال : الشفعة فيما تمكن فيـــه

الصهاريج ، وهي الحياض يجتمع فيها الماء الحلو ، وهي بعرف أهل مصر فُسْاق يجعلونها تحت الأرض ، يملؤنها وماء في زمن زيادة النيل على الجمال والحمير .

قوله : والأنادر ، في الصحاح : والأندار البيْدر بلغة أهل الشام ، والجمع : الأنادر ، قال الشاعر : دقّ الدّيارس عَرَّم الأنـادِرِ الخ ، والمراد به المواضع المعـددة لدرس الطعام .

قوله : الشفعة للجار ما لم يقسم ، هذا الحديث يدل على أن المراد بالجار ، الجار الشريك ، بدليل قوله : ما لم يقسم وتقع الحدود ، وروي في الديوان حديثاً صريحاً في هذا حيث قال : عن النبي ﷺ أنه قـال : (لا شفعة إلا لشريك) الخ ، [1] .

قوله : فكأنه قال : الخ ، مراده تأويل الحديث بأنه ، إنما ورد فيما تمكن فيها القسمة من الأصول ويقاس عليها سائر الأصول ، وإن لم تمكن فيها القسمة فلا ينافي قوله : أولاً والآبار والأجباب والصهاريج والحمامات والأنادر ، فإنه صريح في ثبوتها فيما لا تمكن فيه القسمة ، وإنما المراد من الحديث خروج المنتقلات من الحيوان وغيرها والله أعلم ، على أنه لا حاجة إلى القياس ، لأن قوله : (الشفعة للجار ما لم يقسم) ، يصدق على الشريك في الشيء الذي لا تمكن فيه القسمة أنه جار لم يقاسم .

---

(١) رواه مسلم والنسائي وابو داود .

القسمة ، ما دام لم يقسم ، وهذا لا يوجد إلا في الأصول ، فكذلك أيضاً ، ما كان مغرزاً ثابتاً ملزوقاً بالأرض من الحجارة والحديد والخشب ، حكمه حكم الأصول، أصله البيع لأنه من توابع البيع وفيه الشفعة ، وما سوى الأصول من الحيوان ، والمتاع ، والاطعمة ، فلا شفعة فيها ، وقد قيل : إن الشفعة في الحيوان ، وأكثر القول بأن ليس فيها شفعة ، وفي الأثر : وقيل إن في العبد الشفعة ، وهذا القول يمال إليه ، لما في ذلك من الضرر الداخل على الشريك في العبد من جهة العتق وغيره، مع أن فعل الشريك فيه نافذ، غير أنَّ ما عليه العمل عند أصحابنا أولى أن يتبع ، لأنهم أعلم منا وأفهم والله أعلم .

قوله : لأنه من توابع البيع ، المناسب أن يقول : من توابع الأرض ، فإنه إذا باع الأرض بكلها وكل ما فيها ،تبعها ما كان مغرزاً ثابتاً فيها ، فصار حكمه حكم الأصل ، وإن كان قبل ذلك من المنتقلات والله أعلم .

قوله : غير أن ما عليه العمل عند أصحابنا الخ، لعل المراد أصحابنا المغاربة وأما أصحابنا ، المشارقة رحمهم الله ، فالعمل عندهم على وجوبها في الحيوان كالأصول لأجل الضرر ، والله أعلم .

والأصل في ذلك ، قوله عليه السلام : (الجار أحق بصقبه) ، وقوله عليه السلام : (الشفعة للجار ، ما لم تقسم) ، فإذا قسمت وضربت الحدود فلا شفعة ، وفي الأثر : الشفعة للجار الخليط دون الملاصق ، فإذا وقعت الحدود بين الشركاء فلا شفعة ، والدليل على هذا القول ما روي من طريق ابن عباس: (لا شفعة إلا لشريك) ، وقوله عليه السلام: (الشفعة للجار ما لم تقسم) وعند بعضهم أن الشفعة مرتبة، فأولى بها الشريك.

باب في معرفة الشافع

قوله : ما لم تقسم الخ ، يعني فيما يمكن فيه ذلك من الأصول كما تقدم . وأما ما لا يمكن فيه ذلك ، فلا تفصيل فيه لعدم تأتيه ، بل متى بيعت حصة فيه أدركت شفعتها .

قوله : فلا شفعة ، أي إلا إن وجد سبب آخر كالمنافع .

قوله : وعند بعضهم أن الشفعة مرتبة الخ ، يعني ولا تقصر على الجار الخليط الذي هو الشريك ، كما يقول صاحب القول الأول .

الذي لم يقاسم ، ثم الشريك المقاسم ، إذا بقيت الشركة بينهم في الطريق ، والمراسي ، للدور والبيوت والفدادين ، واجتماع الماء في الجسور والسدود ، وبالجملة اشتراك المنافع، ثم هي للجار بعد الشريك الملاصق ، وعمدة هؤلاء قوله عليه السلام : (الجار أحق بصقبه) ، وعند الأولين ، أن الجار المخالط دون الملاصق ، والذي يوجبه النظر عندي أن أصل الشفعة لدفع الضرر ، وذلك أن أصل الشفعة على ما ذكره ابن قتيبة : كان الرجل في الجاهلية ، إذا أراد بيع منزل أو حائط ، أتاه الجار أو الشريك أو الصاحب فشفع إليه فيما باع ، فشفعه

قوله : إذا بقيت الشركة ، في نسخة ، بيّنت .

قوله : في الطريق : أي إذا كانت غير جائزة ، وكذلك السواقي ، قال أبو علي البستاني رحمه الله : وفي الساقية إذا كانت غير جائزة وكان فيها ثلاثة أحايل وإلى أربعة المبيوعة ، ففيها الشفعة ، وإن كانت خمس أحايل فلا شفعة ، وكذلك الطريق ، إذا كان غير جائز يشفع به ، وإن كان خمسة أبواب فهو قائد فلا يشفع به الخ .

قوله : والمراسي ، المراد بمرسى الدار ، فسحتها التي ينزل بمتاعه مثلا .

قوله : الملاصق ، الظاهر أنه صفة للجار ، فالواجب تقديمه لئلا يلزم الفصل بين الصفة وموصوفها بأجنبي ، والله أعلم .

قوله : فيما باع ، لعل المراد فيما أراد بيعه .

وجعله به أولى ممن بَعُدَ سَبَبُهُ فسميت شفعة وسمي طالبها شفيع وجعلها النبي عليه السلام حقاً لقوم دون قوم ، من ذوي الأسباب والله أعلم . فعلى هذا المقصود بها دفع الضرر الداخل من الشركة ، وهذا المعنى موجود في الجار ، ولهذا أوجبها بعضهم للجار لاشتراك المنافع ، ولأجل المضرة ، وهو المأخوذ به عند أصحابنا ، وفي الأثر : الشفعة تجب بوَجهين : أحدهما أخذها من الشريك، والآخر من المضرة ، ووجوه المضرة التي تجب فيها الشفعة اشتراك الطرق والمراسي للدور والبيوت والفدادين، إذا لم يكن طريق غيرها، واجتماع الماء في الجسور والسدود ، وأما البساتين والقصور والأسواق ، فليس في شيء منها شفعة إلا للشريك الذي لم يقاسم ، فليس تجب فيه الشفعة بالوجوه التي ذكرنا من

قوله : وهو المأخوذ به ، الظاهر أنه لا ينافي ما تقدم ، من أنه لا شفعة للجار الملاصق ، لأن المراد به فيما تقدم غير الشريك في المنافع ووجوه المضرة، والمراد به هنا ذلك بدليل سوق كلامه والله أعلم . والحاصل ان المأخوذ به عندنا أن الشفعة إنما هي للجار الشريك في الرقاب ، وللجار الشريك في المنافع ووجوه المضرات دون الملاصق الذي ليس له ذلك .

قوله : التي تجب فيها، «في» للسببية، على حد ان امرأة دخلت النار في هرّة.

قوله : إذا لم يكن طريق غيرها ، يحتمل أن المراد إذا لم يكن للشفيع، لأن

المضرات، فهذا يدل من قولهم أنهم ضعّفوا الشفعة للجار في هذه المواضع أعني البساتين والقصور والأسواق،لأن الشفعة إذا كانت تجب للجار لدفع المضرة فالمضرة في هذا الموضع غير زائلة بالشفعة فإذا لم تكن زائلة بطلت الشفعة فيها إلا للشريك ، إذ ليس لهم في هذه الموضع مندوحة عن اشتراك المضرات ،فإن قال قائل: فهلا أزاحوها عن الشريك أيضاً في هذه الموضع؟ قيل له : الشريك أقوى وجوباً لها من الجار في هذا لأنه يحتمل ما ذكرنا، لقوله عليه السلام : (لا شفعة إلا لشريك) وفي الأثر أيضاً : وإذا كان الماء يختلط في سقوف البيوت ، فلا تكون الشفعة بينهم بذلك وكذلك الأنادر لا تكون الشفعة بينهم باختلاط الماء فيهم ، وذلك فيما يوجبه النظر لما كان المقصود بالشفعة دفع الضرر ، والضرر ها هنا في حقها أو في حق أحدهما بطلت الشفعة لأنها غير دافعة ضرراً ، ألا

الشفعة هنا ، إنما هي لدفع الضرر ، والضرر مدفوع عنه بسلوكه الطريق التي اختص بها عن المشفوع ، ويحتمل أن المراد إذا لم يكن للشيء المبيع طريق آخر غير مشترك ، فإن الضرر مدفوع أيضاً بأن يمشي المشتري فيها دون المشتركة ، ويحتمل أن يكون المراد كلا منهما ، ولذلك أطلق والله أعلم ، فليحرر .

قوله : أعني البساتين والقصور والأسواق الخ ، أما القصور والأسواق ، فظاهر ، وأما البساتين فلعل المراد منها ما كان مشتملا على خمسة أبواب فصاعداً كالطريق والساقية العامتين لعدم زوال الضرر بالشفعة كما ذكره رحمه الله ،

ترى إلى أن اختلاط الماء على البيوت منفعة لصاحب الماء ، وصاحب البيت ربما يكون له ذلك منفعة ، إذا احتاج إليه بطلت الشفعة، وربما أن يكون ذلك عليه مضرة، وفي بعض الآثار :وقيل بالشفعة بطرح الميزاب وماء الأمطار إذا جرى على المنازل ، وكذلك الطريق والساقية إذا جرين على ماله إلا أن يكونا جاريتين فلا شفعة فيها، والجذوع

والله أعلم .

قوله : منفعة لصاحب الماء ، لعل المراد به من جرت العادة بصرف ذلك الماء إليه ، وليس على أحد من البيوت في ذلك مضرة حتى تدفع بالشفعة والله أعلم .

قوله : وربما أن يكون ذلك عليه مضرة ، يعني فتثبت الشفعة كما يقتضيه كلامه والله أعلم .

قوله : أيضاً ، وربما أن يكون ذلك عليه مضرة ، لعله إنما لم يثبتوا الشفعة بهذه المضرة ، لأنها غير لازمة دائماً ، وسبب الشفعة يجب أن يكون لازماً والله أعلم .

قوله : إذا جرى على المنازل ، الظاهر أن المراد بالمنازل البيوت ، لأنه جعله مقابلاً لما سبق ، من أنه لا شفعة في البيوت باختلاط الماء والله أعلم .

قوله : إلا أن يكونا جاريتين ، الظاهر أنه أراد بجريانها كثرة الشركاء فيها بأن كانتا لخمسة فصاعداً كما تقدم عن أبي علي رحمه الله بالحاشية .

قوله : والجذوع ، هذا معطوف على المستثنى منه ، يعني أنه تقع الشفعة

على الجدار بين الدارين ، وفي الأثر : وكذلك الفدان والدار ، يعني أن الشفعة تكون بينهما باختلاط المياه ، وقد قيل: بأن لا تكون الشفعة بين الفدان والدار ، باختلاط المياه بينهما ، وهذا الاختلاف يدل منهم أنَّ من التفت إلى منفعة الخلطة في ذلك ، لصاحب الفدان ولصاحب الدار بخروج الماء من داره إذا لم يحتج إليه أبطل الشفعة بينهما ، ومن التفت إلى المضرة اللاحقة صاحب الفدان ، على قول من جوَّز لصاحب الدار منع مائه ، وعلى قول من لم يجوِّز له ذلك ، تلحق تلك المضرة بعينها صاحب الدار إذا احتاج إلى ماء داره جعل الشفعة بينهما لثبوت المضرة من كلا الجانبين والله أعلم . وأما اختلاط الماء في الفدادين والأجباب فإن الشفعة تدرك به لاشتراكهما في منفعة الاختلاط جميعاً ، فهما شريكان ، أو كالشريكين ، وكذلك أيضاً بيت في بيت أو غار في غار بينهما الشفعة لاشتراكهما في الطريق والمرسى ، وكذلك النخلتان

بالجذع إذا جعل على جدار بين دارين ، فكل من له جذع في ذلك الجدار أدرك به الشفعة .

قوله : لصاحب الفدان ، أي يسقي أرضه من ماء الدار .

قوله : جعل الشفعة بينهما ، يعني فيشفع صاحب الفدان الدار ، لأنه ربما تضرر بإمساك صاحب الدار ماءه ، على قول من جوَّز لهذلك ، ويشفع صاحب

في جدر واحد بينهما الشفعة لاشتراكهما في الجدر والله أعلم. وإن كان فدانان أحدهما فوق الآخر، وكان لصاحب الفوقاني قطعة من الأرض وراء جسره فبينهما الشفعة إذا كان الماء يختلط في الفدان السفلاني، وفي تلك القطعة، لأنهما يشتركان جميعاً في ذلك، وتلك القطعة من الفدان الفوقاني، وقد قيل: إن باع السفلاني فللفوقاني الشفعة إلا إن باع الفوقاني فلا يدرك السفلاني الشفعة، وهؤلاء عندهم أن

الدار ـ الفدان ـ لأنه ربما حصل له الضرر، إذا أراد إمساكه عند من لم يجوز له ذلك، ويؤخذ من كلامه رحمه الله: أنهم اختلفوا، هل لصاحب الدار إمساك ماء داره إذا احتاج إليه بعد أن كان يجري لغـــيره أو ليس له ذلك؟ والذي ينبغي التفصيل، وهو أنه إن كملت مدة الحيـازة في ذلك فليس له إمساكه، وإن لم تكمل فله ذلك، والله أعلم.

قوله: بينهما الشفعة الخ، نص في الديوان على أنه أولى بالشفعة من صاحب الأرض، إذا كانتا بأرض غيرهما، وذلك ـ والله أعلم ـ لقوة المضرة بين النختلين ولاختلاط الثمار وللاشتراك في الجذر.

قوله: قطعة الخ، أي كالحريم الذي يتركونه عندنا للطابية مثلاً.

قوله: فبينهما الشفعة، أي بسبب تلك القطعة.

قوله: وهؤلاء عندهم أن الشفعة مقصورة الخ، ينظر هل معناه أن السفلاني لا شفعة له أصلاً، لا في الفدان ولا في القطعة التي وراءه، لأنها من توابع الفدان

الشفعة مقصورة في الشيء الذي كان فيه ما تدرك من سببه الشفعة دون غيره والله أعلم . وإن كان بيت رجل فوق غار رجل ، ولم يشتركا طريقاً ولا مرسى فليس بينهما شفعة لأنهما لم يشتركا ما تجب فيه الشفعة، وأما إذا تراكبت البيوت بعضها فوق بعض ففي الأثر : فقد اختلفوا في ذلك فيما بلغنا أبو يحيى الفرسطائي، وأبو عيسى الدرفي، وأبو الربيع اللالوتي فقال أحدهم : لصاحب البيت على رب الغرفة الشفعة ، ولرب الغرفة على رب البيت الشفعة، وقال الآخر : ليس لواحد منهما على الآخر الشفعة ، وقال الثالث : لرب البيت الشفعة على رب الغرفة ، وليست لرب الغرفة على رب البيت الشفعة ، ولا أقوم الساعة بحفظ قول كل واحد وفرزه، والذي يوجبه النظر أن من أوجب بينهما الشفعة التفت إلى مضرة رب الغرفة برب البيت والشفعة لدفع المضرة ، ومن أبطلها التفت إلى عدم

فحيث بطلت في الفدان ، بطلت فيما يتبعه وهو المتبادر من قوله : فلا يدرك السفلاني الشفعة ، أو معناه أنه لا شفعة له في الفدان فقط ، لأنه لم يشترك معه ما تجب به الشفعة ، بخلاف القطعة ، فإنه يشفعها لأجل ذلك الاختلاط وهو المتبادر من قوله : مقصورة في الشيء الذي الخ ، فعلى هذا يشفع تلك القطعة بالقيمة من ثمن الفدان والله أعلم ، فليحرر .

قوله : وأما إذا تراكبت الخ ، يعني ولم تشترك في الطريق ولا في المرسى كما يؤخذ مما قبله .

المضرة من الجهة الأخرى فغلبها ،ومن أثبتها لصاحب البيت على رب الغرفة ولم يوجبها لرب الغرفة على رب البيت أثبتها من وجه تجب منه وعدم المضرة وأبطلها من وجه تبطل ، وفي الأثر : والشفعة في الأشجار جائزة للشريك أو لصاحب الأرض التي هي فيها، وليس لصاحب الشجرة على صاحب الأرض ، ولا فرق بـــين هذه المسألة والمسألة الأولى في

قوله : من الجهة الأخرى فغلبها ، فيه أن المناسب عنـــد تعارض المنافع والمضار ، إنما هو تغليب المضار ، لأن درء المفاسد مقدم على تحصيل المصالح ، فالقول بالشفعة لأجل المضرة أولى ، والله أعلم .

قوله : ومن أثبتها لصاحب البيت الخ ، هذا التفصيل هو الظاهر كما قالوا في الأرض والشجر ، والله أعلم .

قوله : وعدم المضرة ، هكذا فيما رأيناه من النسخ ، وليس له وجه ، ولعله وهو المضرة ، فليراجع .

قوله : للشريك أو لصاحب الأرض ، لكن الظاهر أن الشريك أولى بهـــا كما يفهم من كلامه فيما تقدم،ونص عليه في الديوان في المشتركين في الجدر،فكيف به في الرقاب ، فعلى هذا تكون الشفعة له ولو سبقه صاحب الأرض، والله أعلم.

قوله : ولا فرق الخ ، فيه إشارة إلى أن المناسب أن تجرى الأقوال الثلاثة السابقة لوجود المضرة من وجه ، فإن صاحب الأرض كصاحب البيت، وصاحب الشجرة كصاحب الغرفة ، ولقائل أن يقول : إقتصارهم هنا على القول بالشفعة لصاحب الأرض فقط ، يدل على اختيار القول بالتفصيل في المسألة الأولى والله أعلم ، فليحرر .

القياس فيما يوجبه النظر ، غير أن حق الأشجار في جنب ثبوت الأرض كحق الحيوان في جنب ثبوت الأشجار والله أعلم . وفي الأثر : قال ابو سفيان : كان أبو عبيدة يضعف أمر الشفعة ويقول : لا تحبس على اليتيم حتى يكبر ، ولا على غائب حتى يقدم ، قال : فابتلي بها رجل من المسلمين فجاء يسأله ، فقال له : إذهب إلى أشياخ البصرة واسأل : هل لجابر فيها أثر ؟ فجاء إلى منازل محمد فسأل فوجد جابراً كان يراها ويوجبها ، فأمره أن يأخذ بقول جابر والله أعلم . وعند أصحابنا: لا شفعة لغائب ولو قدم من يومه ذلك، إلا إن كانت له خليفة فهو كغيره من الناس،وإن استخلف له العشيرة بعد البيع خليفة فلا يدركها كما لا يدركها هو إذا قدم بعد

قوله : غير أن حق الأشجار الخ ، المراد من هذا تشبيه الأشجار بالحيوان في مضرتها لغيرها وعدم مضرة الغير لهما ، يعني أن الشجر تضر الأرض ولا تضره ، كما أن الحيوان يضر الشجر ولا يضره الشجر ، والله أعلم .

قوله : وفي الأثر الخ ، المناسب أن يقول مثلاً ، مسألة أو نحو ذلك ، كما هو ظاهر .

قوله : فابتلي بها رجل من المسلمين ، الظاهر – والله أعلم – ، أنه كان غائباً .

قوله : لا شفعة لغائب الخ ، استثنى أصحابنا المشارقة رحمهم الله ، من ذلك الحاجّ والغازي ، إذا لم يتأخرا عن أصحابهما فليراجع .

قوله : ولو قدم من يومه ذلك ، يعني لتقدم سبب الشفعة على قدومه .

البيع ، وكذلك اليتيم والمجنون والأبكم لا شفعة لهم إلا إن كانت لهم خلائف كالغائب سواء لأن العلة التي بها أُزيحت الشفعة عن هؤلاء تعطيل حق واجب إلى غاية لا تدرك . وفي الأثر : وروى الشيخ رضي الله عنه وعنا وعن جميع المسلمين عن أبي محمد وأرسفلاس عن أبيه عن أبي يحيى الفرسطائي؛ أنه لقي رجلاً في ناحية زويلة فقال له : إن أبا يحيي سليمان بن ماطوس أزاح الشفعة عن الغائب واليتيم، قال : فقال أبو يحيى الفرسطائي : فقدمت على أبي يحيي سليمان بن ماطوس فأخبرته بذلك فقال لي : قل له ذلك تعطيل الحقوق يا جاهل والله أعلم . وما اشترى الغائب في غيوبته أو اشترى عليه من غير خلافة ، فلا تدرك عليه فيه الشفعة كما لا يدركها هو ، إلا إن كان الشفيع مع الغائب المشترى ماله ،

قوله : والأبكم ، لعله إذا لم تفهم إشارته .

قوله : وفي الأثر: روي عن الشيخ الخ ، هذا الأثر المراد به كلام الشيخ أبي زكريا رحمه الله .

قوله : إنه ، توكيد لقوله : إن أبا يحيى الخ .

قوله : من غير خلافة، قيد في كل منهما ، فهو متنازع فيه، وأما إذا وقع البيع أو الشراء بالخليفة فإنه يشفع ، لأن الخليفة الحاضرة تقوم مقام الغائب في البيع والشراء ، والله أعلم .

قوله : المشترى ماله شفعته ، أي المشترى الشيء الذي له شفعته ، فما

شفعته في بلدة واحدة فإنه يدرك عليه الشفعة ، وإذا كان في بلدة أخرى فلا يدرك عليه الشفعة لأنه غائب عنه ، وكذلك اليتيم والمجنون والأبكم لا تدرك عليهم الشفعة كما لا يدركونها ، وهذا فيما اشتري عليهم من غير خلافة ، ولو جوّزه اليتيم بعد بلوغه والمجنون بعد إفاقته ، والغائب بعد قدومه ، لأنه بيع وقع عليهم في حال لا تدرك عليهم فيه الشفعة وإن كانت الخليفة فهم كغيرهم من الناس ، وإن تبرأ الخليفة من الخلافة قبل أن يأخذ الشفيع شفعته فله أن يحييها حتى يقدم الغائب أو يبلغ الطفل ، أو يفيق المجنون أو تكون لهم خلائف فيدركها عليهم ، ولا يدرك على العشيرة أن يستخلفوا لغائبهم أو ليتيمهم أو مجنونهم خليفة يدرك عليه شفعته لأن ذلك لم يكن صلاحاً لهم حتى يدركها عليهم والله أعلم . وأما إن اشترى

مفعول به .

قوله : وهذا فيما اشتري عليهم من غير خلافة ، وكذلك ما اشتري لهم ، وهذا إنما يكون في بيع الفضولي وشرائه ، وأما اليتيم ومن ذكر معه ، فإنه لا يتأتى منهم البيع ولا الشراء لاختلال شرط العاقدين كما هو معلوم .

قوله : وإن تبرأ الخليفة الخ ، يؤخذ منه أنه يجوز للخليفة أن ينزع نفسه من الخلافة ، وظاهره ولو كان خليفة من قبل الأب والله أعلم ، فليراجع .

قوله : فله أن يحييها ، معنى الإحياء أن يشهد أنه باقٍ على طلب حقه إلى أن يجد إليه سبيلاً .

رجل من رجل أرضاً وللمشتري شريك غائب ثابتة الشركة بينهما ، فإن للشفيع فيه الشفعة لأن شريكه بمقامه كالخليفة من حيث ثبتت بينهما الشركة والله أعلم . والوالد يقوم مقام الولد ما دام طفلاً في ما له وما عليه والله أعلم . وقد ذكر عن بعضهم أنه لا شفعة لغائب ولا ليتيم إلا في المشاع،وأما المقسوم،فقيل: لا يدركها به (لعله فيه)، وذلك أن المشاع وقع الاتفاق أن فيه الشفعة والاختلاف في المقسوم،فلذلك ضعفوها فيه فأزاحوها عن اليتيم والغائب فيه ، وقال بعضهم : إن الغائب له الشفعة بعد قدومه واليتيم له الشفعة بعد بلوغه ، والمجنون والأبكم بعد إفاقتهما لأنهم بمنزلة غيرهم في الحقوق ، أكثر القول بأن ليس لهم شفعة

قوله : ثابتة الشركة بينهما ، أي سواء كانا عقيدين أم لا ، كما يدل عليه عموم كلامه ، والله أعلم .

قوله : يقوم مقام الولد ، يعني من غير استخلاف .

قوله : وقد ذكر عن بعضهم الخ، هذا في الحقيقة مقابل للقول بمنعها مطلقاً ، والمراد أنه يدركها بالشركة في الرقاب ، ولا يدركها بالشركة في المنافع .

قوله : وقال بعضهم : إن الغائب الخ ، الحاصل أن في الغائب ومن ذكره معه ثلاثة أقوال ، قول : إنهم ليسوا كغيرهم مطلقاً ، وهو المختار ، وقول : إنهم كغيرهم مطلقاً ، وهو قول جابر رحمه الله ، وقول : بالتفصيل بين المشاع والمقسوم .

وجوّز أيضاً أن تؤخذ الشفعة من يَد الذمي بالإسلام كما كانت تدرك بالجوار فهذا إذا كانت تدرك لحق الجار ، وأما إذا كانت تدرك لدفع المضرة فهي تدرك لدفع المضرة ولا يدركها الذمي على المسلم ، لأن المسلم شفيع ولا تدرك شفعة عن شفيع ، وهذا فيما اشتراه المسلم على الموحدين ، فإن قال قائل : أرأيت ما اشتراه المسلم من الذمي هل يدرك عليه فيه الشفعة شريكه الذمي ؟ قيل له : لا يدرك الذمي على المسلم الشفعة لا فيما اشتراه من الموحدين ولا فيما اشتراه من المشركين لقوله عليه السلام : (الإسلام يعلو ولا يعلى عليه) [1] ، وفي الأثر : من كان شريك اليهودي أو النصراني في دار أو أرض فباع اليهودي حصته من تلك الأرض ، كان للمسلم شفعته سواء باعها لمسلم أو ذمي لأنه

قوله : بالإسلام ، يعني وإن لم يكن شريكاً ولا جاراً ، فعلى هذا تكون الشفعة لمن سبق إليها من المسلمين والله أعلم ، وهذا فيما اشتراه من المسلم دون الذمي كما ذكره بعد .

قوله : فهي تدرك لدفع المضرة ، يعني فـــلا تدرك إلا لدفع المضرة ، ولا يدركها المسلم بالإسلام وحده على هذا والله أعـلم ، لكن يلزم عليه أن لا توجد شفعة الإسلام أصلا ، والله أعلم .

---

(١) رواه ابو داود والدارقطني .

شريك ، وإن كان المسلم هو البائع لحصته وباعهـــا اليهودي كان لليهودي الشريك الشفعة لأنه شريك ، والشريك الذمي أولى من الذمي لغـــير شريكه، وإن باعها المسلم لم يكن للذمي الشريك الشفعة لأن المسلم شفيع في تلك الأرض، ولا تدرك شفعة على شفيع ، وبالجملة إن المسلم يـدرك الشفعة ،شفعة الاسلام ، على المشرك في جميع ما اشتراه من الموحدين مما تكون فيه الشفعة ، وما اشتراه من المشركين فلا يدركها عليه إلا بمـــا

قوله : لأن المسلم شفيع ، يعني لأنـه يشفع الذمي بالإسلام ، والشفيع إذا اشترى ما لغيره فيه الشفعة لا يشفع ، وظاهره ولو كان الطالب لها من المشتري سببه أقوى كأن يكون المشتري شريكاً في المنافع والطالب لها منه شريكاً لم يقاسم والله أعلم . ثم ظهر أن الشريك الذي لم يقاسم يشفع الشريك في المنافع ، لأن من اشترك بسببين أقوى ممن اشترك بسبب واحـد كما سيأتي ، ولا يصدق عليه قولهـــم : الشفيع لا يشفع لأن صاحب السبب الضعيف لا شفعة له مع صاحب السبب القوي ، ولو سبق إليها ما لم يتركها مثلاً صاحب السبب القوي ، فيكون معنى قولهم : الشفيع لا يشفع إذا تساووا في السبب ، أو كان المشتري أقوى ، والله أعلم .

قوله : إن المسلم يدرك الشفعة الـخ ، قال عمنا يحيى رحمه الله : فكل من طلبها من المسلمين بشفعة الإسلام فهي له ، ما لم يأتِ عليها ثلاث سنين فتكون منقطعة مثل غيرها من وجوه الشفعة ، وقد قيل بأن شفعة الإسلام لا يقطعها مرور الزمان الخ ، والظاهر الأول لما في هذا من تعطيل الحقوق إلى غير نهـاية. والله أعلم .

قوله : مما تكون فيه الشفعة ، بأن يكون من الأصول لا من المنتقلات .

يدركها على الموحدين ، ولا يدركها الذمي على المسلم على كل حال ، وفي الأثر : وقال محمد بن محبوب رحمه الله : تؤخذ الشفعة من يد الذمي بالاسلام . وكان موسى بن علي رحمه الله يقول: لا تؤخذ منه إلا بما ينتزع المسلم من المسلم، وكان موسى أيضاً يرى الشفعة للذمي، وعلى قول موسى بن علي : إن الناس كلهم في الحق سواء المسلم وغيره ، لكن المسلم أولى بها من المشرك ، ثم هي للمشرك ، وذلك إذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيعان أحدهما: مسلم ، والآخر مشرك ، فالمسلم أحق بها من المشرك ، ثم هي للمشرك من بعده والله أعلم . ولا يدرك أيضاً الولد الشفعة على والده فيما اشتراه لحرمة الأب ولقوله عليه السلام: (أنت ومالك لأبيك)[1] ، وكذلك

قوله : وفي الأثر الخ : قال في المنهاج بعد حكاية الأقوال في المسألة وأوسط الأقوال: إن له الشفعة في المشاع ، ولا تؤخذ منه الشفعة في المشترك إذا كان هو شريكاً في أصل المبيع الخ ، ولعل قوله : إن له الشفعة ، محمول على ما اشتراه مسلم من ذمي ، وأما ما اشتراه من مسلم فلا يدركها بدليل ما تقدم .

قوله : فالمسلم أحق بها ، وذلك لأن المسلم له سببان : الإسلام والشركة .

قوله : ثم هي للمشرك ، يقتضي أن سبب الشركة أقوى من سبب الإسلام ، فلذلك يأخذها الذمي من المسلم ، وهذا على قول موسى بن علي رحمه الله ، فلا ينافي ما تقدم والله أعلم .

---

(١) تقدم ذكره .

ما باعه الوالد أيضاً لا يدرك الولد فيه الشفعة لئلا ينتقض فعل أبيه ، ومنهم من يقول : يدركها فيما باعه أبوه ويدركها جميع القرابة ، بعضهم على بعض ، وخليفة الغائب واليتيم والمجنون والأبكم ، والوصية لا يدركون الشفعة لما باعوه من هذه الأموال التي في أيديهم لأن الشفيع لا يكون بائعاً وإنما يكون من يجوز أن يكون مشترياً ، والرجل الواحد لا يجوز أن يكون بائعاً شفيعاً كما لا يكون

قوله : ولا يدرك الولد أيضاً الشفعة على والده ، يعني وأما على جدّه ففيه تفصيل . قال عمنا يحيى رحمه الله مصرحاً بما أشار إليه المصنف رحمه الله بقوله : ويدركها جميع القرابة الخ ، ما نصه : وقد يدرك الشفعة الأخ عند أخيه والزوج عند زوجته والزوجة عند زوجها والولد عند والدته والوالدة عند ولدها والجد عند ولد ولده وولد الولد عند جده ، إذا كان أبوه حياً فيدركها الكبير دون الصغير والله أعلم ، انتهى .

قوله : وكذلك ما باعه الوالد أيضاً الخ ، لم يتعرض رحمه الله لما باعه أحد الزوجين للآخر ، ولا لما باعه الولد لوالده ، وفي كتب أصحابنا المشارقة رحمهم الله : لا شفعة في شيء من ذلك بخلاف ما باع الوالد لولده ففيه خلاف ، قالوا : فإن باعه بالاسترخاص قوّم ، وما باعت الأم لولدها ففيه الشفعة عندهم ، فليراجع ما الحكم عند المغاربة ، ثم رأيت عمنا يحيى رحمه الله ، ذكر فيما باعه الولد لوالده قولين مصدراً بالشفعة ، وجزم فيما باع الوالد لولده بالشفعة والله أعلم .

قوله : لما باعوه من هذه الأموال ، وأما ما باعوه من أموالهم للغير مما يدرك فيه الشفعة من يلون أمره ، فإن الظاهر أنهم يدركون الشفعة لمن يلون أمره على من اشترى منهم ، كما يؤخذ من كلامه رحمه الله في كتاب البيوع في باب الطوافة ، حيث قال : وكذلك صاحب الشيء إذا أراد أن يشتريه لمن ولي أمره ، فإنه ينادي بزيادته لجواز شرائه له ذلك الشيء الخ ، فعلى هذا

مشترياً ، وكذلك المرتهن والمسلط إذا باعـــا الرهن الذي في أيديهما

يكون بائعاً مشترياً من جهتين مختلفتين ، فينزل اختلاف الجهة بمنزلة اختلاف الذات ، إلا أن ظاهر كلامه ها هنا أولاً وآخراً ، يقتضي أنه لا شفعة في هذه الصورة أيضاً ، وأنه لا ينظر إلى اختـلاف الجهة ويجاب عمـا ذكره في باب الطوافة ، بأنه إنما جاز شراؤه متاعه لمن ولي أمره ، لوجود البائع صورة وهو الطوّاف والله أعلم فليحرر . ثم رأيت في الديوان ما هو صريح في أنه يشفع في هذه الصورة ، أعني فيما باع من ماله ، إذا كان لمن ولي أمره فيه شفعة ، حيث قال بعد كلام على ما اشتراهُ خليفةُ اليتيم أو المجنون أو الغائب لنفسه لما لمن ذكر فيه الشفعة ، أنه تدرك عليه لهؤلاء بالخليفة ، وكذلك إن باع ما لواحد ممن ذكرنا فيه شفعة ، فإنه يدركها له أيضاً . انتهى ، فيوافق ما استخرجته من كلامه رحمه الله ، في باب الطوافة ، وذكر عمنا يحيى رحمه الله في المسألة قولين ، مصدراً بأنه لا شفعة ، حيث قال : وكذلك خليفة الغائب إذا باع أرضـه فلا يدرك فيه الشفعة للغائب ، فإن باع أرضاً للغائب فلا يدرك شفعتها لنفسه ، ومنهم من يقول : يدركها ، وكذلك خليفة اليتيم أو المجنون أو الأبكم أو الأعمى الخ .

قوله : وكذلك المرتهن والمسلط الخ ، جزم أيضاً في الديوان ، بأنهم يشفعون ما باعوه حيث قال : والمرتهن يدرك شفعة ما باع من الرهن ، إذا كان شريكاً للراهن ، وكذلك خليفة الوصية ، وكذلك الوكيل على البيـع والشراء ، يرد جميع ما باعه أو اشتراه بالشفعة ، إذا كان شريكه ، وذكر في الدفتر أنه يرده للراهن إذا باع المرتهن ذلك الرهن ، وكذلك ما باعه خليفة الوصية يرده الورثة بالشفعة ، وذكر عمنا يحيى في المرتهن والمسلط قولين مصدراً بعدم الشفعة ، ثم الظاهر أن العمل على ما في الإيضاح على ما ذكره عمنا أحمد بن سعيد الشماخي رحمه الله في كتاب السير حيث قال عند التعريف بصاحب الإيضاح رحمه الله ومدح مؤلفه ما نصه : وهذا التأليف ما أظن أُلف في المذهب مثله جمعاً وتعليلاً

والوكيل إذا وكل ببيع أرض أو شرائها فلا يدركون هؤلاء الشفعة لما باعوه لأن بيعهم إياه تسليم للشفعة، وكذلك ما اشتراه هؤلاء لمن استخلفوا عليه أو لمن وكلهم لا يدركون شفعته لأن الشفيع إنما يأخذ الشفعة من مشتر ولا يكون رجل واحد مشترياً شفيعاً لأن شراءه ذلك تسليم منه للشفعة ، وكذلك أيضاً لا يدركون شفعة ما باعوه أو اشتروه من أموال ما استخلفوا عليه لغائب آخر أو يتيم أو مجنون هم عليه خلائف ، كما لا يدركون ذلك لأنفسهم ، وما باع خليفة الميت على الوصية من أرض الميت بالوصية لا يدرك شفعتها ورثة الميت لأنهم بمنزلة البائع لها، ولو أرادوا

واختصاراً غير مخل ، وتطويلا غير ممل ولا مكرر، وهو اعتماد أهل المغرب في وقتنا خصوصاً (نفوسة) ، وبعده ديوان أبي زكرياء يحيى بن الخير ، وبعدهما الديوان ، ديوان الأشياخ الخ ، ولكن اصاحب الديوان أن يجيب عن العلة التي ذكرها المصنف رحمه الله ، بأن اختلاف الجهة بمنزلة اختلاف الذات والله أعلم .

قوله : والمسلط ، هو الذي جعل الرهن في يده ولم يكن صاحبه وسلط على بيع الرهن عند الأجل مثلا .

قوله : لا يدرك شفعتها ورثة الميت الخ، فيه أنه ذكر أيضاً في باب الطوافة، أن الطوّاف ينادي بعطية الورثة ، إذا كان الشيء في يد الخليفة وأرادوا الشراء منه ، وإذا كان يجوز شراؤهم فلم لا يجوز شفعتهم ، فالمناسب حينئذ إما عدم قبول زيادتهم في الشيء أو جواز الشفعة والله أعلم . لكن لا حظّ للنظر مع وجود الأثر ، ويمكن الفرق بينهما بما أشار إليه المصنف رحمه الله ، وهو أنه إنما

أن ينزعوها من يد الخليفة بما أوصى به الميت لكان لهم ذلك ، وكذلك أيضاً الراهن فيما باعه المرتهن أو المسلط كما ذكرنا ، وكذلك المرتهن فيما باعه المسلط ، لا يدرك شفعته لأنه وكيله،ويدرك الموصى له شفعة ما باعه الخليفة ، خليفة الميت على الوصية إذا أوصى له الميت بنصيب معروف من ماله أو بأرض معروفة ، قريباً كان أو أجنبياً ، وإذا كان للميت خليفتان على وصيته ، وقد استخلف كل واحد منهما شفعة ما باعه الآخر أو اشتراه ، إذا كان له شفعته وإن جمعهما في الخلافة ، فلا يدرك كل

قبلت زيادتهم ، لأن الخليفة يجوز أن يبيع لهم ، وإنما لم تجز شفعتهم لأنهم يعدون مسلمين للشفعة حيث لم يدفعوا الوصية للوصي ويمسكوا الشيء لأنفسهم مع جواز ذلك ، وتقدم عن الديوان الجزم بأن الورثة يردون ما باع الخليفة ، يعني – والله أعلم – نظراً إلى أنهم شركاء ولم يسلموها بالفعل ولا ينظرون إلى اللازم والله أعلم .

قوله : ويدرك الموصى له شفعة الخ ، وذلك لأنه حينئذ شريك لم يقاسم .

قوله : أو بأرض ، المناسب أن يقول أو من أرض ليكون شريكاً أو الباء بمعنى من ، والحاصل أنه متى ثبتت له الشركة في الأصول أو في منافعها ثبتت الشفعة .

قوله : أو بأرض معروفة ، المناسب أن يقول : أو من أرض معروفة ، ليكون شريكاً ، وأما لو أوصى له بأرض معروفة ، فهي له خاصة .

واحد منهما شفعة ما باعه الآخر أو اشتراه لأنهما بمنزلة رجل واحد ، وكذلك الغائب واليتيم والمجنون إذا كان لهم خليفتان كما ذكرنا والله أعلم .

قوله : ما باعه الآخر الخ ، يعني وجوّز له رفيقه ذلك ، وإلا بطل فعله من أصله ، لأن تصرف أحدهما دون صاحبه باطل ، والله أعلم .

باب في معرفة المشفوع عليه

والمشفوع عليه كل من انتقل إليه الملك بالشراء أو ما يقوم مقام الشراء مثل هبة الثواب أو المبادلة بالقيمة ، وكذلك القضاء في

باب في معرفة المشفوع عليه

قوله : من انتقل إليه الملك الخ ، يعني أو من يقوم مقامه كالخليفة وقائم المسجد ، وأما الوكيل فإنه لا تدرك عليه ، بل على الموكل كما ذكره في الديوان.

قوله : هبة الثواب ، يعني وهي التي يرجى لها العوض من الموهوب له ، وأما التي لا يرجى فيها ذلك ، فهي مرادفة للصدقة ، ينظر كيف تشفع هبة الثواب ، ولعل المراد إذا عين الثواب وكان دنانير أو دراهم كأن يهب له حصته من المشترك ، ويشترط مثلاً ثواب ذلك دراهم معلومة .

قوله : بالقيمة ، قيد في الهبة والمبادلة والله أعلم .

قوله : وكذلك القضاء في الحقوق لأنه بيع ، وذلك لأنهم قالوا : من له على رجل دنانير أو دراهم ، فإنه يتعوض بها ما شاء ما عدا الصنف الذي باع له أولاً على الراجح ، ويشترط في الحق العوض فيه دنانير أو دراهم لتصح فيه الشفعة والبيع ، والله أعلم .

الحقوق لأنه بيع من البيوع . وفي الأثر : سئل الشيوخ رضي الله عنهم عن رجل أصدق لإمرأته أرضاً ، هل للشفيع فيه شفعة ؟ قال : لا ، قيل له : وإن افتدت المرأة من زوجها بتلك الأرض ؟ قال : نعم ، فقيل له ، وكذلك إن راجعها زوجها أيضاً بتلك الأرض بعد الفداء ؟ قال : نعم ليس في ذلك شفعة ، قال : والهبة أيضاً ليس فيها شفعة ، فقيل : أرأيت رجلاً تبادل مع رجل أرضاً بأرض ، هل فيها شفعة ؟ فقال : إذا لم يجعلا القيمة لكل أرض فلا شفعة ، وإن جعلا لهما القيمة ففيهما الشفعة عند كل واحد منهما ، قيل له : أرأيت إن قال له : هذه الأرض وهذه الدنانير

قوله : وفي الأثر ، المراد به كلام الشيخ أبي زكرياء رحمه الله ، فيكون المراد بالشيخ ، شيخه أبو الربيع سليمان بن أبي هارون التملشائي رحمه الله لأنه أخذ عنه ، قال في كتاب السير لعمنا أحمد الشماخي : غلب عليه الشيخ فصار علماً عليه .

قوله : قال : لا ، وذلك لما في الصداق من مكارم الأخلاق المنافية للبيع ، فإنه مبني على المماسكة والمضايقة .

قوله : قال : نعم ، أي لا شفعة ، لأن ذلك كله من جراء الصداق .

قوله : والهبة ، أي لغير الثواب ، بدليل ما تقدم ، والهبات التي يتوسلون بها اليوم إلى قطع الشفعة كلها تشفع لأنها هبة ثواب في الحقيقة ، والله أعلم .

قوله : إذا لم يجعلا القيمة لكل أرض فلا شفعة فيها الخ ، لم يتعرض رحمه الله لما إذا جعلا القيمة لواحد منها فقط ، هل فيها الشفعة أو لا؟ والظاهر الشفعة في التي جعلت القيمة لها دون الأخرى والله أعلم ، فليحرر .

بهذه الأرض ولم يذكر القيمة ، هل في هذه شفعة ؟ قال : نعم ذلك قيمة ، والنظر يوجب غير ذلك ، فهذا يدل من قولهم ان الشفعة في الشراء أو ما يقوم مقام الشراء قياساً عليه ، وظاهر الحديث يدل على أن الشفعة في البيع، وهو قوله عليه السلام : (أيما رجل له شريك في دار أو ربع فأراد أن يبيعها فلا يبعها حتى يعرض على شريكه، فإن أراد فهو أولى)،وفي الأثر: وإذا تزوجت المرأة على شقص في دار ،فإن ابن عبد العزيز يقول: لا شفعة لأحد في ذلك ، وكذلك قول الربيع . وكان ابن عباد يقول : للشفيع في ذلك الشفعة بالقيمة وتأخذ المرأة قيمة ذلك منه ، وقال ابن عبد العزيز : وكيف يكون ذلك وليس هذا شراء تكون فيه الشفعة وإنما هذا نكاح،

قوله : نعم ذلك قيمة ، يعني أنهما حيث أدخلا الدنانير والدراهم ، فقد دلنا ذلك على أنهما تبادلا بالقيمة والله أعلم .

قوله : والنظر يوجب غير ذلك ، هذا آخر كلام الأثر ، وإنما أوجب النظر غير ذلك ـ والله أعلم ـ لأن الأرض التي دفعت مع الدنانير لم يجعلوا لهـــا قيمة فدخل الجهل والله أعلم .

قوله : في البيع ، من عمم يقول المراد بالبيع في الحديث مطلق المبادلة والله أعلم . قال: في الديوان : والقيلولة والتولية والمبادلة والعطية للثواب بمنزلة البيع انتهى ، وقد صرح المصنف بذلك في أول كلامه ، فالمعول عليه الشفعة في الجميع والله أعلم .

أرأيت لو طلقها قبل أن يدخل بها كم يأخذ الشفيع منها ؟ وبماذا يأخذها ، أبالقيمة أم بالمهر ؟ وكذلك المرأة إذا اختلعت بشقص من دار في قولهم ، فهذا يدل من ابن عباد أن الشفعة تجب في كل ما انتقل مما تكون فيه الشفعة بالعوض، وهذا في معنى البيع عنده ، والقول الأول عليه العمل لأن البيع بدل مال بمال، وهذا بدل ماله بمعنى والله أعلم . وفي الأثر : وإذا وهب رجل لرجل نصف أرض له ثم باع بعد ذلك النصف الباقي فراراً من الشفعة ، فلا يجوز ذلك للبائع ولا للمشتري ولا للشهود ولا يدركها الشفيع أيضاً بعد الهبة، وإن قدّم البيع وأخّر الهبة فله الشفعة.

قوله : كم يأخذ الشفيع الخ ، الظاهر أنه على قول ابن عباد ، يأخذ بالقيمة نصف ذلك الشقص التي تستحقه بالعقد ، والنصف الثاني لا تستحقه إلا بالدخول ، فلا يأخذه الشفيع إلا بعده ، ويأخذه بالقيمة والله أعلم ، فليحرر .

قوله : أبالقيمة أم بالمهر ، كأن المراد بالمهر صداق المثل .

قوله : بمعنى، في نسخة بعناء ، وهو الاستمتاع بها .

قوله : وفي الأثر : وإذا وهب رجل الخ ، هذا كله كلام أبي زكرياء رحمه الله إلى الباب ، وفي الديوان : وكل ما فعله البائع للمشتري مما أراد أن يبطل به الشفعة من الهبة والاستغلاء وما أشبه ذلك ، فإن ذلك لا يبطل الشفعة ويردها الشفيع بالقيمة إن شاء ، ومنهم من يقول : لا يحل ذلك للبائع ولا للمشتري فيما بينهما وبين الله ، والشفعة قد بطلت في الهبة ، وأما الاستغلاء فإن أراد الشفيع أن يردها ، فليردها الخ.

وبلغنا أن ريح الجنة يوجد مسيرة خمس مائة عام ولا يريحه جاهل ولا قاطع شفعة ولا امرأة لغير إذن وليها ولا امــرأة تصلي بطهر التفتيش وتدع بدم التفتيش، ولا من قطع بين والد وولده والزوج وزوجته والعبد وسيده ، فنعوذ بالله من الضلالة بعد الهدى ، ونسأله العصمة من عــدو يرانا ولا نراه ، وقال أبو محمد وافي بن عمار عن بعض أشياخنا ، أنه قال : لو أن المشتري وضع رجلاً في الأرض ورجلاً في السماء طلباً لقطع شفعة الشفيع ما قدر على ذلك. ومعنى ذلك ـ والله أعلم ـ أن المشتري والبائع إذا احتالا على أن يقطعا شفعة الشفيع بهبة أو غير ذلك من الحيلة

قوله : جاهل ، أي للتوحيد والشرك والفرائض .

قوله : وقال أبو محمد وافي بن عمار الخ : في بعض كتب قومنا نظيره ، قال في شرح الرسالة بعد كلام ، وذلك أن الفقيه يحيى بن تمام اشترى حصة من حمام فيه شريك ، وأشهد البائــع لابن تمام في الظاهر أنه تصدق به عليــه ليقطع شفعة الشريك ، فقام الشريك بشفعته ، فأفتى الفقهاء فيها أن ذلك يقطع الشفعة إذ لا شفعة في الصدقة ، فقال الشفيع للقاضي : لا أرضى إلا بفقهــاء الحضرة ، فرفع إليهم السؤال على وجهه ، وبدأ الشيخ أبي عمرو الاشبيلي فوقّــع أسفلها ، (هذا من حيل الفجار) ، وأن الشفعة واجبة ، فلما رأى ابن تمام جوابه ، قال : هذا عقاب لا يطار تحت جناحه ، فالحق خير ما قيل ، هات مالي وخذ حمامك ، انتهى .

ما قدروا على ذلك فيرد ذلك إلى القيمة ويأخذ الشفيع شفعته إذا اطلع أهل العدل على ذلك منهما .

قوله : إذا اطلع أهل العدل على ذلك منهما ، فلو لم يطّلعوا على ذلك واتهموهما بعمل الحيلة ، فهل يحلّفونهما على ذلك ؟ والظاهر : نعم ، وهو الذي جرى به العمل بالجزيرة ، لأنه أردع لهما والله أعلم .

باب في صفة أخذ الشفعة

وبماذا يأخذها ، وكم يأخذ منها ، ومتى يأخذها ، ومتى لا يأخذها ؟

أما صفة أخذها وبماذا يأخذها ففي الأثر : وإذا أراد الشفيع أن يأخذ شفعته فإنه يأتي الشفيع إلى المشتري ومعه أمينان فيقول له : إنك اشتريت أرض فلان ولي شراؤها بالشفعة وقد أخذت شفعتي وهذا مالك ، فيعطيه الثمن الذي اشتراها به ، إن عرفه بلا زيادة ولا نقصان ، فإن أعطاه

باب في صفة أخذ الشفعة

قوله : فإنه يأتي الشفيع إلى المشتري الخ ، فعلى هذا تفوت الشفعة بما يفعل الناس اليوم من أخذهم الدراهم إلى الشاهد ، ويأتون إلى المشتري ويقولون له : قد شفعنا ما اشتريته في المحل الفلاني ، ودراهمك عند الشاهد ، فإنه لو مد المشتري يده وطلب الدراهم فلم يدفعها له لفاتته الشفعة ، كما يدل عليه كلامه ، والله أعلم .

قوله : إن عرفه ، سيأتي أنه إن لم يعرفه وعرف جنس ما اشترى به ، فإنه يومي له من ذلك الجنس ولو قليلاً حتى يبين المشتري قدر ذلك .

أقلّ من الثمن الذي اشتراها به فقد فاتته الشفعة ، فإن أعطاه أكثر من الثمن الذي اشتراها به فقد فاتته أيضاً ، وقيل : بأن لا تفوته إذا رمى له أكثر من الثمن الذي اشتراها به والله أعلم . وكذلك أيضاً إن رمى لـه خلاف ما اشترى به فقد فاتته ، وذلك فيما يوجبه النظر أن الشفيع إذا أراد أن يأخذ الشفعة فمن حق المشتري عليه أن ينقده الثمن من جنس ما اشترى به من غير زيادة ولا نقصان ، والدليل على ذلك ، لو أراد أن يأخذ الشفيع الشفعة بخلاف ما اشترى به المشتري أو ببعضه أو إلى أجل أو بغير ثمن كان ذلك لا يدركه على المشتري فإذا كان لا يدركه عليه كان من حق المشتري عليه ما ذكرنا ، فإذا لم ينقده الثمن أو رمى له أقل مما اشترى به أو أكثر أو خلاف ما اشترى به فاتته لترك ما أمر به من حق المشتري ، فإذا ترك ما أمر به في ذلك صار تاركاً لشفعة ، لأن الشفيع مخيَّر بين أخذ الشفعة وتركها ، فهو على أخذها عندهم حتى يتركها أو يدل الدليل على تركها منه ، فإن قال قائل : فلم تفوته إذا رمى له أكثر مما اشترى به ؟ أليس وقدر ماله ما اشترى به ؟ قيل له : تفوته من حيث لم

قوله : فمن حق المشتري عليه أن ينقده الثمن الخ ، فهذه أربعة شروط فلا بد منها على ما يفهم من كلامه رحمه الله .

قوله : فإذا لم ينقده الخ ، قد صرح بمفهوم الشروط الأربعة .

يفرز له ماله ، ألا ترى أن المشتري ممنوع عليه حتى يفرز له ، وإنما يلزم الشفيع هذا إذا عرف ما اشترى به المشتري من الثمن ، ومعرفة ذلك ، أما في ظاهر الحكم فللشفيع حجته أن يأتي المشتري بأمينين يخبران الشفيع بالشراء وبالثمن ، وأما فيما بينه وبين الله إذا علم ذلك الشفيع انقطعت عنه الشفعة بعد طلب المشتري إليه ذلك إذا أتاه المشتري بالبيان أو لم يأته ، وإن أخبره المشتري بذلك وصدقه فإن التصديق عند بعضهم حجة، وفي الأثر : وذكرت أن رجلاً طلب إلى آخر فقال له: اشتريت مالك فيه شفعة فادفع لي مالي ، فإن قال له الشفيع : لا علم لي بما ذكرت، فله ذلك ،وعلى الآخر البيان لما يدّعيه. وإن صدقه فيما قال وقال

قوله : فللشفيع حجته إلا أن يأتي الخ، فعلى هذا لا تسمع للمشتري دعوى العلم على الشفيع، وأنه فرّط ، إلا إذا ادعى عليه أنه أخبره بأمينين والله أعلم .

قوله : بعد طلب المشتري ، المناسب لما تقدم أن يقول : بدله إذا لم ينقده الثمن أتاه المشتري الخ ، اللهم إلا أن يفرق بين ما في الحكم وبين ما فيما بينه وبين الله ، بأن يقال : أما في الحكم إذا صح بأمينين فلا بد من النقد ، طلب المشتري إليه ذلك أو لا، بدليل ما تقدم ؛ وأما فيما بينه وبين الله إذا علم ذلك، فإنه لا تفوته حتى يطلبه المشتري والله أعلم ، فليحرر . وإلاّ لزم التنافي بينه وبين ما تقدم ، وإنما قيد أيضاً بالطلب بعد المسألة المذكورة في الأثر لأن فرض المسألة أنه طلب إليه الثمن والله أعلم .

له: إذهب بنا إلى السوق، فله ذلك إذا كان السوق بالقرب منهم ، وأما اذا كان على البعد فلا يجد ذلك فله أن يذهب إلى بيته وإلى المنزل، إلا إن لقيه في السوق فطلب أن يذهب معه إلى بيته فليس له عليه ذلك ، فهذا يدل من قولهم أن الشفيع لا تأخير له عند نقد الثمن إذا طلب إليه المشتري إلا بعذر ، والعذر إن لم يجد ميزاناً أو مصباحاً إذا طلبها إليه بالليل أو ادعى الجهل فعلى المشتري البيان ، أو ادعى عدم المال معه فله عليه أن يذهب إلى بيته أو المنزل أو السوق إذا كان بالقرب من المنزل أو البيت إلا إن لقيه في السوق أو في بيته فلا عذر له ، والأصل في هذا العذر البين ، فإن قال قائل: أرأيت إن وسع عليه المشتري هذا، أيجوز له أن يأخذ شفعته ويكون الثمن ديناً عليه برضا المشتري ؟ قيل له : أرجو أن يكون ذلك إذا ترك المشتري حقه برضاء منه لأن هذا ليس بشرط في صحة أخذ الشفعة، أصل ذلك صحة أخذ الشفعة بعد ما ذكرناه من الحقوق بالعذر والله أعلم . وكذلك أيضاً الأمين الواحد يكون على الشفيع حجة إذا صدقه في قول بعضهم ، وفي الأثر : وأما ما ذكرت من أمر مسألة الشفعة، الجواب فيها: إن كنت أخبرت الشفيع بما اشترى

قوله : بالقرب ، حدّه في الديوان بستة أميال .

قوله : لأن هذا ليس بشرط الخ ، فيه نظر مع قوله سابقاً : فإذا لم ينقده

المشتري الذي له شفعته فرمى له أقل مما اشترى به المشتري فرجع ذلك المشتري ثم بعد ذلك سأله الشفيع: هل صدقه أم لا؟ فقال: إنه صدقك فيما قلت له، فليس في ذلك عندي شفعة وقد فاتته حين رمى له أقل مما اشترى به، وأما إن أتى الشفيع إليك فسألك: بكم اشترى المشتري؟ وأخبرت له ثم سألته : هل صدقك فيما قلت له أم لا ؟ فقال: إنه صدقك ثم رمى له بعد ذلك أقل مما قلت له ، فليس عندي في ذلك شفعة، فقد فاتته، وأما إن جاء

الثمن الخ ، فإن ظاهره أن النقد شرط عند العلم بقدر الثمن والقدرة على دفعه ، بأن كان في منزله أو في السوق فيؤول الأمر إلى أنه شرط ، مع العلم والقدرة كإزالة النجاسة بالنظر إلى الصلاة ، فعلى هذا لا يصح استدلال المصنف رحمه الله على عدم الإشتراط بقوله : أصل ذلك صحة أخذ الشفعة الخ ، فإن حالة العذر لا يقاس عليها غيرها ، فإن أهل الأعذار يجوز لهم ما لا يجوز لغيرهم ، فالأولى أن يقول في الاستدلال على الجواز ، بأن نقد الثمن حق للمشتري ، فإذا تركه برضاه بطل الشرط في حقه والله اعلم .

قوله : وأما إن أتى الشفيع الخ ، المناسب لسياق الكلام ، أن يقول : وكذلك إن أتى الخ ، لأن حكم المسألتين واحد ، وهو فوات الشفعة بسبب قوله : إلى عندك ، صوابه أن يقول مثلاً : إليك ، لأن (عند) من الظروف التي لاتتصرف ، فلا تخرج عن الظرفية إلا إلى الجر بمن ، والله أعلم .

قوله : وأما إن جاء الشفيع والمشتري الخ ، هذا الكلام لم يستفد منه حكم ولعل فيه سقطاً فليراجع .

الشفيع والمشتري أيضاً إليك فرمى له الشفيع الشفعة ورفع المشتري المال أو لم يرفعه،ثم بعد ذلك أخبر الشفيع بما اشترى به المشتري ديناً عليه،وثمّ أيضاً من يقول : الأمين الواحد لا يكون حجةفي أمر الأحكام،وإن قال له الذي أخبر له: قد صدقتك،لأن ذلك إنما يلزمه فيما بينه وبين الله فقولك له حين أخبرته: هو ليس منك بحكم، فإنما هو إخبار منك بما حضرت له ، وعلى ذلك القول ليس في ذلك ما تفوته به الشفعة وهو أقرب عندي في الاحكام ، وفي الأثر : وفي رجل اشترى ما لرجل فيه شفعة فقال : اشتريت بكذا وكذا ، ووافقه البائع على ذلك أو خالفه ، فالقول قول الشفيع ، وعلى المشتري البينة لما يدعيه ، فإن لم تكن له بينة

قوله : الشفعة ، أي ما يشفع به ، وهو الثمن .

قوله : في أمر الأحكام ، يعني لأنه من باب الشهادة ، وأما أمر العبادات ، فإنه يقبل قوله لأنه من باب الرواية .

قوله : وإن قال الخ : (إن) هذه وصلية فلا جواب لها ، والواو قيل : للحال ، وقيل : عاطفة على شيء مقدر ، أي إن لم يصدقه ، وإن صدقه والمعنى أنه لا يكون حجة ولو صدقه .

قوله : فإن لم تكن له بيّنة فعليه اليمين ، هذا يقتضي ، أن القول قوله مع يمينه ، وسيأتي له التصريح بذلك ، حيث قال:لأن القول قول المشتري في الثمن.

فعليه اليمين أيضاً على ما ادعى،فهذا يدل من قولهم أن البائع والمشتري لا يكونان عليه حجة، وذكر في بعض كتب المتقدمين : ولا تبطل شفعة الشفيع إلا بخبر البائع والمشتري أو الشاهدين إذا فرط بعد خبرهم، وأما من سواهم فلا ، فهذا يدل منهم على هذا القول : أن البائع والمشتري حجة عليه،وإذا أراد الشفيع أن يأخذ شفعته ولم يعلم ما اشترى به المشتري فإنه يطرح له ديناراً أو درهماً لأنهما أثمان الأشياء حتى يتبين له الثمن الذي اشترى به،ولعل هذا منهم استحباباً لا وجوباً لأنه يمكن الشراء بغير الدنانير والدراهم مما يكال أو يوزن والله أعلم . وأما إن علم الجنس الذي اشترى به غير أنه لم يفهم مقداره مثل إن اشترى بالدنانير أو الدراهم ، ولم يعلم عددها فإنه يجزيء أن يعطيه ديناراً واحداً حتى يبين له المشتري عدد ما اشترى به لأنه معذور في هذا كله، وكذلك ما يكال أو يوزن إن اشترى به ولم يعلم الشفيع مقداره فإنه يجزيه أن يأتي بشيء من ذلك النوع ، وإن

قوله : فعليه اليمين ، أي فعلى المشتري اليمين ، وأما البائع ، فالظاهر أنه ليس بينه وبين الشفيع كلام ، فلا يحلف على ما أخبر به من الثمن ، ولا على غيره مما يدعيه الشفيع ، لأنه لا علاقة بينهما والله أعلم .

قوله : استحباباً لا وجوباً الخ ، يعني فلا يجب عليه أن يعطيه شيئاً حتى يعلم جنس ما اشترى به .

كان يسيراً فيعطيه إياه حتى يتبين له الحق ، وإن علم الشفيع كيل ذلك النوع أو وزنه إلا أنه شيء له مؤونة فإنه يعطيه أيضاً شيئاً من ذلك النوع ، وإن كان يسيراً فيعطيه إياه حتى يأتيه بما بقي من الثمن إلى الموضع الذي هو فيه لأنه معذور في هذا كله إن لم يأت منه تعدّ والله أعلم . وكذلك لو أن رجلاً اشترى من رجل عروضاً كثيرة ولها مؤونة فوجد فيها عيباً كان عند المشتري فإنه يأتي بالبائع إلى الحاكم معه شيء من ذلك النوع وإن كان يسيراً ، فيخاصمه عليه بجميعه ، وإن لم يحضره كله لأن الخصومة إنما وقعت على العيب بينهما ، وكذلك المسألة الأولى وقعت الخصومة على الشفعة ، فإذا وجب الرد على البائع بالعيب فيرد ذلك الشيء ثم يكون على المشتري بعد ذلك أن يوصل له الباقي إلى الموضع الذي اشترى فيه ، لأن المشتري إذا وجب الرد بالعيب فعليه تسليمه إلى موضع أخذه فيه وهو العدل بينهما ، وما هلك منه قبل أن يصل إلى البائع ، فهو من مال المشتري حتى يصل إلى البائع، وإن وصل إلى البائع

قوله : فإذا وجب ، هذا راجع للمسألة الثانية .

قوله : أن يوصل له الباقي ، ظاهره ولو كان مدلساً وفيه تأمل ، لأنه ظالم ، والظالم أحق أن يحمل عليه والله أعلم .

بعضه وهلك بعضه فلا يدرك عليه رد الذي وصل إليه حين لم يوصله إليه كله، فيكون ما وصل إلى البائع قد وصل، وما لم يصل فهو من مال المشتري، وإن اشترى المشتري بكسر من الدينار نحو نصفه أو ثلثه أو ربعه وما أشبه ذلك من الكسور فإنها على الشفيع الدراهم وهو الذي يجبره به الحاكم، وفي الأثر : وإن اشترى المشتري بثمن معلوم إلى أجل معلوم فإنه يأتيه الشفيع بذلك الثمن فيريه إياه ثم يقول: أخذت شفعتي وهذا في يدي، فإذا حضر الأجل أعطيته إياك ثم يرد الثمن ، فإذا بلغ الأجل الذي بينهما فيأتيه ويعطيه إياه وله أن يصرفه في حوائجه إن احتاج إلى ذلك ، ثم يعطيه غيره عند الأجل ثم يدخل الشفيع في الأرض فيأكل منها ويعمرها

قوله : وهلك ، يعني بغير ذلك العيب كما هو معلوم .

قوله : فيكون ما وصل الخ ، الظاهر أنه بالنصب في جواب النفي ، على حد ﴿لا يقضى عليهم فيموتوا﴾ ، والمعنى أنه لا يدرك المشتري على البائع الرد لما بقي حتى يكون ما وصل الخ ، وهذا هو المناسب لما ذكره رحمه الله في كتاب البيوع من أن من حجة البائع أن يقول : رد الشيء كما أخذته وإلا فلا شيء لك فليراجع ، والمناسب أن يقول : فلا يكون ، وعبارة عمنا يحيى رحمه الله أصرح في المراد ، حيث قال : بعد ما نقله المصنف ، من أن ما هلك من مال المشتري ما نصه : وإن وصل إليه بعضاً وقد هلك بعض ، فلا يدرك عليه رد الذي وصل إليه حين لم يوصله إليه كله ، انتهى .

وليس له أن يأكل منها شيئاً ولا ينتفع منها حتى يأخذ الشفعة من المشتري، فهذا يدل منهم أن الشفيع يدرك الشفعة ولا يدرك المشتري عليه الثمن إلى الأجل ، إلا إن شاء الشفيع أن ينقده الثمن فهو بالخيار والله أعلم .

وإن اشترى المشتري بحيوان أو متاع فيأتيه الشفيع بالعدول فيقوّمونه على الصفة التي يصفها المشتري لهم وإنما يلزم الشفيع أن يأتي بالعدول لأنه مأمور بتسليم الثمن إلى المشتري والتسليم لا يصح إلا بالقيمة ، وما لا يمتثل الأمر إلا به فهو مأمور به مثله ، وإنما يقوّمه العدول بقيمته يوم الشراء لأن الشفيع إنما يلزمه أن يعطي ما وقعت عليه الصفقة إن كان شيء يصح فيه المثل فمثله ، وإن كان شيء لا يمكن فيه المثل فقيمته يوم وقعت الصفقة لأن الصفقة له وقعت ، وإن اختلفا في الصفة فيقومونه على الصفة التي يصفها لهم المشتري ثم يحلف على الصفة التي وصفها لهم، لأن القول قول

قوله : وليس له أن يأكل الخ ، هذا الحكم عام في ثمار جميع ما يشفع ، فهو إلى الاستئناف أقرب ، والله أعلم .

قوله : أو متاع ، يعني مما ليس بمثلي .

قوله : فيقوّمونه على الصفة الخ ، لعل هذا إذا لم يكن حاضراً أو كان حاضراً وتغير ، وأما إذا حضر ولم يتغير فإنه لا حاجة إلى الصفة .

قوله : شيء ، لعله شيئاً .

قوله : لأن القول قول المشتري ، يعني فعليه اليمين ، لكن بعد عجزه من البيّنة ، كما يؤخذ مما تقدم في مقدار الثمن .

المشتري في الثمن ، وكذلك القول قوله في الصفة ، وإن اشترى المشتري بفاكهة في أوانها نحو الرطب والعنب وما أشبه ذلك، ثم أتى الشفيع في غير أوانها في وقت لم يجد ذلك في أيدي الناس ليقطع عنه الشفعة فإنه إن لم يعطه ذلك في ساعته فقد فاتته الشفعة لأنه ربما يكون التعطيل من قبل الشفيع إلى وقت لم يكن ذلك الشيء في أيدي الناس، وقد قيل : إنه يقوّم عليه ذهباً وفضة فيعطيه إياه في ذلك الوقت ويأخذ شفعته بقيمة ذلك يوم الشراء والله أعلم . وإن طرح الشفيع للمشتري الثمن الذي اشترى به ثم ذهبا عنه جميعاً حتى هلك فهو من مال المشتري لأنه هو الذي ترك ماله لم يأخذه حتى هلك، والشفيع فعل ما يجب من التسليم، لا تبعة عليه، فإن قال قائل : أليس الثمن في ذمة الشفيع ، فهلا كان لا يبرئه منه إلا قبض المشتري إياه كسائر الديون ؟ قيل : لما كان لزوم الثمن للشفيع

قوله : وقد قيل إنه يقوّم عليه ذهباً الخ ، هذا هو الظاهر ، وأما القول الأول فعليه قطع حقوق الناس بأمر متوهم ، وقد تقدم أنه لا ينقطع حقه في الحكم على المختار إلا بأمينين ، فكيف يقول : لأنه ربما أن يكون التعطيل من قبَل الشفيع الخ ؟ والله أعلم .

قوله : ذهباً ، منصوب بنزع الخافض .

قوله : وإن طرح الخ ،يعني بعد ما تبيّن وثبت أنه شفيع ، وأن الواجب على المشتري القبض .

لزوماً مضيقاً لا توسعة فيه عند أخذه الشفعة أشبه الشيء المعين من هـذه الجهة ، ويدل على ذلك أنه لو رفعه بعدما طرحه للمشتري لبطل حقه، فلما كان رفعه يوجب بطلان حقه في الشفعة كالمعين من هذه الجهة فإن قال : فلم يبطل حقه في الشفعة إذا رفعه بعدما طرحه للمشتري ؟ قيل له : لما كان الشفيع مخيراً في أخذ الشفعة وفي تركها ولا يحل له أخذها إذا رضي في قلبه بتركها كان رجوعه إلى الثمن الذي طرحه للمشتري بيان منه لما كان في قلبه من الرضا بترك حقه في تلك الشفعة ، وكذلك أيضاً إذا رفعـه خليفته فهو مثله في ذلك لأن الخليفة في مقامه فيما له وفيما عليه ، وكذلك إن أمر من يأخذه فهو في ذلك سواء أخذه المأمور أو لم يأخذه ، وأما إن أخذه أحد من الناس بغير أمره فلا تفوته الشفعة بذلك لأنه لم يأمره ، وكذلك ولده أو والده أو عبده فلا يضره رفع هؤلاء ذلك بغير أمره والله أعلم .
وفي الأثر : وإن أخذ الشفيع شفعته بنفسه فله ذلك ، وإن استخلف من يأخذها فله ذلك ، وكذلك إن قطعها المشتري بنفسه فله ذلك وإن استخلف من يقطعها فله ذلك . وأما المأمور فالله أعلم في الوجهين جميعاً . ويعجبني

قوله : وأما المأمور فالله أعلم ، الفرق بين الخلافة والأمر ، أن الخلافـة تحتاج إلى القبول ، بخلاف الأمر كما ذكره أبو زكرياء ، رحمه الله في كتـاب النكاح .

أن يكون في ذلك كله والخليفة سواء ، وقيل غير ذلك والله أعلم . وكذلك أيضاً جائز للشهود أن يذهبا مع الشفيع ليأخذ شفعته إذا دعاهم إلى ذلك، وكذلك المشتري إذا دعاهم أن يصطحبا معه ليقطع عن الشفيع شفعته، إلا أنهم لا يأتونه بغتة أو في حين غفلة، وذلك لأن كل واحد منهما له فعل ذلك ، وفي الأثر: وللشفيع أيضاً أن يهرب من المشتري ويستتر منه ويخفي عنه نفسه ما استطاع حتى يهيىء له الثمن الذي اشترى بــه ، وللمشتري أيضاً أن يطرده ويبحث وراءه حتى يلحقه ، وقد بلغنا: يتطاردان عن الخيل وليس للمشتري فيما بينه وبين الله أن يستتر من الشفيع أو يهرب منه حتى ينقطع الأجل الذي تنقطع فيه الشفعة ، فإن فعل فعليه أن يعطيه شفعته فيما بينه وبين الله إن أراد الشفيع،ولا يدركها في الحكم لأن المشتري لايجوز له ولا يحل له أن يسعى فيما يقطع حق الشفيع ، وكذلك البائع والشهود لا يحل لهم أن يعينوه على ذلك والله أعلم . وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيع

قوله : في ذلك كله والخليفة سواء ، ويدل لعدم الفرق بينهما ، مسألة أخذ التمييز بعد طرحه ، حيث جعلوا المأمور بمنزلة الآمر والله أعلم .

قوله : أن يستتر من الشفيع ، يعني بأن يرسل له الأمينين فيخبراه ، ثم يستتر منه نفسه .

قوله : لأن المشتري الخ ، علّة لقوله: فعليه أن يعطيه شفعته الخ. وقوله:

بثمن معلوم ثم حط البائع عن المشتري من الثمن الذي يكون بين الناس مثل المسامحة في البيع والشراء فإنه يعطيه الشفيع مثل الذي خرج من يده لأن الصفقة له ، وكذلك أيضاً إن ولاه المشتري لغيره، وإنما يلزم المولى له ما أعطى المشتري للبائع دون ما اشترى به إذا ترك له شيئاً على وجه المسامحة التي تكون بين الناس في البيع والشراء ، وأما ما حط البائع عن المشتري من الثمن على وجه رحم بينهما أو على وجه ثواب أو غير ذلك ما لم يكن على وجه المسامحة بين الناس في البيع والشراء فإن على الشفيع أو المولى له ما وقعت عليه الصفقة ، لأن ذلك ليس من سبب البيع والله أعلم . وعلى الشفيع والمولى له إعطاء الثمن للمشتري دون البائع ، أعطاه المشتري شيئاً أو لم يعطه إياه ، لأن الخصيم في ذلك المشتري دون البائع ،

ولا يدركها عليه في الحكم ، جملة معترضة بين العلة ومعلولها .

قوله : على وجه المسامحة ، يعني لقوله ﷺ : (المؤمن سمح إذا باع ، سمح إذا اشترى ، وسمح إذا قضى ، وسمح إذا اقتضى) ، أو كما قال : فإن المراد عند بعضهم ، أن يترك البائع شيئاً من الثمن أو يزيد المشتري شيئاً ، فليراجع كتاب البيوع له ، رحمه الله .

قوله ؟ أو على وجه ثواب ، يعني في مقابلة هدية سبقت عنده مثلاً .

قوله : لأن الخصيم في ذلك المشتري الـخ ، فعلى هذا لا ينصب الحاكم الخصومة في ذلك الشيء بين الشفيع والبائع بوجه من الوجوه ، فإن أنكر البيع

لأن الشفيع لا تجب له الشفعة إلا بعد حصول الملك للمشتري ، وكذلك المولى له فإذا أخذ المشتري عن الشفيع والمولى له قبل أن يعطيه هو البائع ثم أعطاه البائع فحط عنه منه شيئاً على وجه المسامحة التي تكون بين الناس في البيع والشراء، فعلى المشتري أن يعطي ذلك للشفيع أو المولى له، ولا يجوز له إمساكه لأن التولية والشفعة إنما يكونان على ما كان عليه الشراء والله أعلم . ألا ترى أن المشتري لو اشترى بعشرة دنانير ثم قضى للبائع في تلك الدنانير سلعة ثم أخذ الشفيع شفعته أن على الشفيع العشرة دنانير التي اشترى بها المشتري دون غيرها إلا إن اتفقا على ذلك جميعاً ، والمشتري يجوز له أن يعطي للبائع في حقه ما اتفقا عليه ، سواء أخذ من الشفيع أو لم يأخذ ، والشفيع لا يلزمه إلا ما وقعت عليه الصفقة لأن الصفقة له،وقضاء المشتري إياه سلعة بيع ثانٍ لا يلزمه كالضمين إذا أعطى للمضمون له الدنانير عروضاً ، فإنما له على المضمون عليه ما ضمن عليه وهي الدنانير لا غير ، وفي الأثر : وأما إن اشترى رجل من رجل سلعة بعشرة دنانير أو أقل من ذلك ، أو أكثر منه، فقضى له فيها دابة أو خادماً

مثلا أو اتهمه أنه عمل مع المشتري حيلة في قطع الشفعة أو نحو ذلك، بل الكلام في ذلك كله مع المشفوع ، والله أعلم .

قوله : الدنانير ، نائب الفاعل للمضمون له .

أو طعاماً أو ما أشبه ذلك ثم ولاها لغيره ، فإنما له على المولى له مثل الذي أخذ البائع من المشتري دون الثمن الأول ، ومنهم من يقول : إنما عليه مثل الثمن الأول دُون الذي أخذ منه ، وكذلك إن قاله البائع فيها أو ردها عليه بعيب كان فيها قبل الشراء فإنما يرد البائع على المشتري مثل ما أخذ منه، ومنهم من يقول: إنما عليه مثل الذي اشترى به أول مرة ، فهذا الاختلاف يدل منهم أن التولية تتردد بين أن تكون فسخ بيع متقدم أو تكون بيعاً ثانياً ، فإذا كانت فسخ بيع متقدم كان على المولى له مثل الذي أخذ البائع من المشتري كما لو فسخ البيع بين البائع والمشتري ، فإذا كانت بيعاً ثانياً ،كان على المولى مثل الثمن الأول دون الذي أُخذ منه ، لأنها بيعٌ مثل البيع الأول ، وكذلك الإقالة والرد بالعيب على هذا القياس ، يترادّان بين أن يكونا فسخ بيع متقدم أو بيعاً ثانياً ، فإذا كانا فسخ بيعٍ ،كان على البائع مثل ما أخذ من المشتري ، وإذا كانا بيعاً ثانياً ،كان على البائع مثل الذي اشترى به أول مرة ، فإن

قوله : مثل الذي أخذ البائع ، يعني إن كان مثليّاً كالحبوب والأدهان وإلا فقيمته كالحيوانات .

قوله : والرد بالعيب ، المختار أن الرد بالعيب إذا كان بحكم الحاكم فهو فسخ بيع ، وإلا فهو بمنزلة بيع ثان ، كما يؤخذ من كلامه فيما تقدم .

قوله : ثانياً ، أي مماثلا للبيع الأول .

قال قائل: فكيف تكون التولية فسخ بيع متقدم ، والفسخ إنما يكون بين البائع والمشتري ، ولا يكون إلا برضاء منهما جميعاً إذا كان البيع صحيحاً ؟ قيل له : نعم إذا كان البيع صحيحاً فلا يكون الفسخ إلا برضاء البائع والمشتري جميعاً ، وإن أراد المشتري فسخه وكره البائع ، لم يلزم البائع ما لم يجب عليه من فسخه ، وجاز للمشتري أن يفسخه مع غيره ، أصله جواز البيع أن يبيعه لغيره، ولهذا قال الآخرون: التولية بيع الثاني فسخ عقد متقدم لحق أحدهما يكون برضا صاحب الحق دون الآخر وهو الرد بالعيب،أصله البيع الموقوف إلى رضى أحد المتبايعين،والثالث فسخ لا يجوز للمتبايعين إتمامه لنهي النبي ﷺ وهو بيع الغرر رجعنا إلى المسألة الأولى ، وأما إن خرج في بيعهما انفساخ فإنما عليه أن يرد مثل الذي أخذ منه أو قيمته إن لم يكن فيه المثل ، وإن كان الذي أخذ قائماً بعينه فليرده هو بنفسه دون ما سواه ، وكذلك إن تزوج رجل بامرأة وأصدق لها مائة دينار فقضى لها فيها سلعة أو دابة أو عروضاً أو ما أشبه ذلك ، ثم فداها بعد ذلك فإنما ترد عليه مثل الذي أخذت منه ، إذا ذهب الذي أخذت من يدها ، فإن كان قائماً بعينه فلترده عليه بعينه ، فإن قال

قوله : مثل الذي أخذ منه الخ ، وذلك لأن القضاء الواقع فيه مبني على فاسد ،والمبني على الفاسد فاسد .

قائل : فالفداء إذاً فسخ نكاح وليس بطلاق على هذا المعنى ؟ قيل له : ولو كان الفداء طلاقاً فلا يدرك الزوج على الزوجة في الفداء إلا ما أخذت منه من أجل أن الزوج لا يحل له أن يأخذ منها فوق ما أصدقها ، لقوله عليه السلام (وأما الزيادة فلا) ، وذلك في الفداء وحديثه مشهور ،وفي الأثر : وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً بمائة دينار وهي تساوي عشرة دنانير فقال بعض أهل العلم : إن الشفيع بالخيار ، إن شاء أخذ الثمن الذي اشترى به المشتري وإن شاء ترك ، وليس له ردها إلى القيمة ، ويكون إثم ذلك على من فعله ، وقال بعضهم : يرد ذلك إلى قيمة أهل العدل فيقوّمونه بقيمته عند الشراء ، فإن شاء الشفيع أخذ وإن شاء ترك ، والقول الآخر هو الذي عليه العمل. والذي يلزم الشفيع ما وقعت عليه الصفقة دون غيرها لأن الله جعل الحكم على ما ظهر ، وعند الله تبلى السرائر ، وأما من رد ذلك إلى قيمة أهل العدل فهو الأعدل عندي بين الشفيع والمشتري، إلا أن حقيقة ذلك لا يعلمها إلا الله .

قوله : والقول الآخر ، المراد به الأول .

قوله : والذي يلزم الخ ، الظاهر أنه معطوف على قوله : الذي عليه العمل دفع به ما يتوهم أن المراد بالآخر الأخير ، مع أنه ليس كذلك كما يدل عليه السياق ، والله أعلم .

باب كم يأخذ الشفيع من الشفعة

إعلم أن الشفيع لا يخلو أن يكون واحداً أو في كثرة ، والمشفوع عليه لا يخلو أن يكون واحداً أو في كثرة ، فإن كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه واحد فالواجب عليه أن يأخذ الكل أو يدع الكل ، وإن كان المشفوع عليه واحداً والشفعاء أكثر من واحد فإنهم اختلفوا في ذلك في موضعين ، أحدهما : في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم ، والثاني: إذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضاً أم لا؟ مثل أن يكون بعضهم شركاء في الملك الذي ورثوه لأنهم أهل أسهم واحد وبعضهم أهل عصبة ، أما كيفية توزيع المشفوع فيه بينهم فإن بعضهم قال : يقسم المشفوع فيه بينهم على قدر حصصهم ، فمن كان نصيبه الثلث أخذ الثلث من المشفوع فيه بثلث الثمن،ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع

باب كم يأخذ الشفيع من الشفعة

قوله : أو يدع الكل ، أي لأن الشريك ضرر .

ومن كان نصيبه أكثر من ذلك أخذ على قدر سهمه ، وهذا إذا جاءوا إليها جميعاً،وإن تسابقوا فهي لمن وثبها منهم،وإن سلمها بعضهم فهي للباقين، أخذوها جميعاً أو تركوها جميعاً ، ولا يدخل الضرر على المشتري في ذلك ، وقال بعضهم: إنما تقسم الشفعة للشركاء على رؤوس الرجال، وليس فيها لصاحب النصيب الأكثر فضل على صاحب النصيب الأقل ، وإن تسابقوا إليها فهي لمن سبقها منهم ، وإن سلمها أحدهم للمشتري أو تبرأ منها ، فلغيره من الشفعاء أخذها جميعاً أو تركها جميعاً ، ولا يدخلون الضرر على المشتري ، فمن الحجة لأصحاب القول الأول : أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بملك متقدم ، فوجب أن يقسم على الأصل ، أصله سائر الأرباح في شركة الأموال ، وعمدة أصحاب القول الثاني : أن الشفعة تجب بنفس الملك ، يستوي في ذلك أهل الحظوظ المختلفة باستوائهم في الملك ، إذ كل واحد منهم يسمى مالكاً ، ويعضد هذا شفعة الجيران تقسم على رؤوسهم إذا جاءوها جميعاً بلا خلاف أعرفه بينهم ، وإن تسابقوا إليها فهي لمن سبقها . وأما المسألة الثانية ، إذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضاً أم لا ؟ وفي الأثر : وقد قال بعض أهل العلم : إن الشركاء المتفرقين إذا اجتمعوا في الميراث ، أن الشفعة للشركاء الأقارب دون سائر الشركاء ، ثم هي لغيرهم من الشركاء إذا تركوها

شركاؤهم ، وذلك نحو رجل مات وترك ثلاث جدات وأربع نسوة وخمس بنات ، ثم إن إحدى البنات إذا باعت فريضتها فالبنات أحق بشفعتها من الجدات والنسوة، ثم هي للجدات والنسوة إذا تركها البنات ، وكذلك إذا باعت إحدى الجدات أو إحدى النسوة، وكذلك الأخوات وغيرهم من الورثة الذين ورثوا نصيباً معروفاً من الميراث ، فهم أحق بالشفعة لما باعه أحدهم من نصيبهم دون غيرهم من الشركاء ، ثم هي لسائر الشركاء بعدهم إذا تركوها ، وأكثر القول بأن الشفعة لمن أوثبها من الشركاء كائناً ما كان ، وليس أحد أولى بها من غيره والله أعلم . وأصحاب القول الأول ، جعلوا الشركاء في السهم أولى من غيرهم من الشركاء ، لأن الشركة مختلفة الأسباب ، أعني بين ذوي السهام ، فأصحاب السهم أقرب بعضهم إلى بعض من غيرهم ، وأما أصحاب القول الثاني، أخذوا بعموم قضائه عليه السلام بالشفعة بين الشركاء ، ولم يخص ذوي سهم من غيره ، وهو الصحيح والله أعلم. وكذلك شفعة الجار إذا كانت لأكثر من شفيع واحد وكان بعضهم أقرب من بعض . قال بعضهم: أولاهم بالشفعة أقربهم،

قوله : ولم يخص ذوي سهم ، يعني فالقرابة المذكورة إنما تنفع في النسب دون الشفعة ، لأنها حق ثبت لأجل الشركة فلا فرق.

قوله : من غيره ، في نسخة :ذوي سهم.

ثم الذي يليه، ثم الذي يليه إلى آخرهم ، لأن الجار القريب أولى من الجار البعيد ، وقال آخرون : هم جميعاً سواء في الشفعة، القاصي منهم والداني ، واسم الجار يشملهم لقوله : (الجار أحق بصقبه) ، ومثل هذا ما ذكر في الأثر : وإذا قسم الفدان أربعة نفر أو خمسة أو أكثر من ذلك فباع أحدهم سهمه منهم ، فالذي يليه أحق بشفعته ، ثم الذي يليه ، وإن كان أوسطهم فكل من التزق فهم سواء في شفعته ، وقال بعضهم : هم جميعاً سواء في شفعته ، القاصي منهم والداني والذي يليه ، وكذلك أصحاب المقاسم إذا أخذ منهم خمسة أو ستة فباع أحدهم ، فالذي يليه أحق بشفعته من غيره، ثم الذي يليه، ثم الذي يليه. وقال بعضهم: هم جميعاً سواء في الشفعة من كان يليه منهم ومن لم يله والله أعلم . وإذا كان في الدار بيوتاً كثيرة لأناس شتى وبابها واحد ، فباع أحدهم بيته ، فجميع أصحاب البيوت اللواتي في الدار سواء في الشفعة ، لتساويهم في شركة ما تجب به الشفعة وهو الاشتراك في الطريق ، إلا أن يكون بيتاً يشارك الآخر في المرسى فصاحبه أحق بالشفعة ، لأن من اشترك معه بسببين أولى ممن اشترك معه بسبب واحد ، وكذلك إذا كان في الدار غيران مثل ذلك، فإن

قوله : أحدهم ، الأولى أحدها .

قال قائل : فلم فرقوا بين هذه المسألة ومسألة أصحاب المقاسم ؟ قيل له : مسألة أصحاب المقاسم شركتهم في تلك المضرة واحدة ، وإنما تفاوتوا في تلك المضرة بعينها ولم يختلفوا في الشيء الذي به تجب الشفعة ، أعني أن يشتركوا في سببين ، وأمـــا مسألة أصحاب البيوت في الدار فقد اختلفوا ، فمن اشترك معه في مرسى البيت ومرسى الدار أولى ممن اشترك مرسى الدار لا غير ، كما أن الشريك في البيت أحق بالشفعة من أصحاب الدار ، والشريك في الدار أحق بالشفعة من أصحاب السكة والله أعلم . وفي الأثر : سئل الشيخ رضي الله عنه عن الدروب: هل فيها شفعة أم لا ؟ قال : إن في ذلك اختلافاً بين الفقهاء، فمنهم من يقول: بأن فيه الشفعة ، وقال بعضهم : ليس فيه شفعة ، والدروب هي السكة التي فيها دور كثيرة وهي غير نافذة ،فقلت: فعلى مذهب الذين يوجبون فيه الشفعة، فمن أولاهم بها؟ قال: هم فيها جميعاً سواء ، وقد قيل: بأنه أحق بشفعتها أدناها باباً إليها، قلت: فالسكة تكون فيها دور مصطفة، أو متقابلة، هل تكون فيها شفعة إن اشتركوا المرسى؟ قال: نعم، قلت: فما حدّ اشتراك المرسى؟ قال: إذا لم

قوله : فلم فرقوا ، يعني حيث ذكروا قولين هناك ، ولم يـــذكروا هنا إلا قولاً واحداً ، والله أعلم .

قوله : أن يشتركوا ، في نسخة : يختلفوا.

قوله : السكة ، والسكة الطريق ، والسكة أوسع من الزقاق .

يكن بين أبوابها أربعة عشر ذراعاً ،فقد اشتركن المرسى إذا كانت متقابلة، أو سبعة أذرع إذا كانت مصطفة في سطر واحد ، قلت : فالتي معها في السطر التي هي فيه ، والتي تقابلها من السطر الثاني في ذلك سواء ؟ قال : نعم ، ومسألة الدروب مثل مسألة أصحاب المقاسم ، لأن بعضهم اشترك مع بعض ما لم يشترك البعض الآخر في تلك المضرة ، وأصحاب الدار شركتهم مساوية والله أعلم . وفي الأثر : وإذا كانت أربعة بيوت أو خمسة متراكبة بعضها فوق بعض لأناس شتى ، فباع رب البيت الفوقانية فالذي تحته أحق بشفعته ثم الذي يليه ، ثم الذي يليه ، إلى السفلاني ، وكذلك إذا باع السفلاني فالذي فوقه أحق بشفعته ثم الذي يليه ثم الذي يليه حتى يدرك الفوقاني ، فإن باع الأوسط منهم فالذي تحته هو أحق بالشفعة ثم الذي يليه حتى يدرك السفلاني ، ثم هي لمن فوقه بعد ذلك ثم الذي يليه ثم الذي يليه حتى يدرك الفوقاني ، وهذا اذا لم يشتركوا طريقاً ولا مرسى ، وإما إذا اشتركوا الطريق أو المرسى وكانت أبواباً مصطفة متقابلة في موضع واحد بعضها فوق بعض،فهم جميعاً في الشفعة ، سواء من باع منهم كائناً ما كان والله أعلم . وفي القياس في هذه المسألة تقتضي غير هذا . وفي الأثر أيضاً : وإذا أخذت قناة أو ترعة من واد ومن شِعب ثم

قوله : اشتركن ، في نسخة : اشتركوا .

قسمت على ثلاثة أقسام أو أربعة ثم قسم كل قسم منها بعد ذلك أيضاً على قسمين أو ثلاثة ، فباع السفلاني منهم نصيبه ، فالذي قسم معه من الأقسام السفلانية أحق بشفعته، ثم أصحاب الأقسام الذين يلونهم من فوقهم، ثم الذين يلونهم الخ، وإن باع صاحب القسم الأوسط فالذي قسم معه من الأقسام أحق، وإن تفرقوا بعد ذلك فهم جميعاً أحق بشفعته، ثم الذين يلونهم من فوقهم، ثم الذين يلونهم الخ، وإن باع صاحب القسم الفوقاني فهم جميعاً في شفعته سواء، سوى ما بيناه من الاختلاف في الأقسام إذا كانت مصطفــــة أربعة أو خمسة أو ستة ، فباع القاصي منهم فالذي يليه أحق بشفعته منهم ، ثم الذي يليه ثم الذي يليه إلى أقصاهم في الناحية الأخرى ، فإن باع صاحب القسم الأوسط فالذي على يمينه والذي على يساره هما أحق بشفعته من الذين

قوله : على ثلاثة أقسام أو أربعة ، إنما قيد بذلك لتصح فيه الشفعة ، وأما أكثر من ذلك فإنه لا شفعة بها كما تقدم في الطرق .

قوله : وإن تفرقوا ، (إن) هذه وصلية لا جواب لها .

قوله : أحق بشفعته ، يعني إلى آخرهم بدليل ما بعده .

قوله: مصطفة ، وذلك بأن تكون في مكان مستوٍ كجنان قسم بين جماعة مشتركة في منفعة تدرك بها الشفعة .

قوله: من الذين يلونهم ، في نسخة ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم.

يلونهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم الخ . ومنهم من يقول : أصحاب القسم جميعاً في الشفعة سواء ، قريبهم وبعيدهم فيها سواء ، والله أعلم . والذي يوجبه النظر عندي أن أصل اختلافهم في هذه المسائل من جهة اختلاف المضرات لاختلاف الأسباب، فمن تقوّى عنده السبب عمل به ومن لم يتقو عنده جعله كغير شيء ، والله أعلم .

فصل

وأما إذا كان المشفوع عليه ثلاثة أو أكثر وأراد الشفيع أن يشفع على أحدهم دون الآخرين، فله ذلك لأن حقه يأخذ منه ما أراد ولم يدخل في ذلك ضرراً على المشتركين لأن الشركة ثابتة بينهم والله أعلم . وإن اشترى رجل من رجل فدادين كثيرة في صفقة واحدة ، فهم في مواضع شتى وللشفيع شفعة أحدهم دون سائرهم فله شفعة ذلك الفدان الذي له شفعته بقيمة العدول بحسب ما ينوبه من ذلك الثمن من بينهم ، أصل ذلك إذا فرّقه في البيع لا يدرك إلا شفعة ما له

قوله : وبعيدهم ، أي بأن تجول بينهم بعض أقسام الأصل فهو أولى وإن بعد .

قوله : ولم يدخل الخ ، الظاهر أن الجملة حالية أراد بها إخراج ما إذا كان المشفوع عليه واحداً .

شفعته ، وكذلك إذا جمعهم ، ومنهم من يقول : له شفعة الجميع في شفعة ذلك الذي له شفعته ، لأن هذه صفقة واحدة ، والقول الأول فيما يوجبه النظر أصح ، ألا ترى لو أن مشركاً اشترى أرضاً من مشرك ومسلم في صفقة واحدة ، فإن المسلمين لا يأخذون من المشرك إلا ما ينوب المسلم بشفاعة الإسلام ، ولا يدركون عند المشرك ما ينوب المشرك ولو كانت صفقة واحدة ، وهذه مثلها والله أعلم . وإن اشترى رجلان أرضاً من رجل ولها شفيع وأحَد المشتريين هو والده ، فله أخذ نصيب المشتري الذي هو ليس بوالده ، ولا يدرك نصيب والده منه كما ذكرنا ، وكذلك إن اشترى رجل من رجلين أرضاً ولها شفيع وأحَدُ البائعين هو والده ، فله أخذ نصيب البائع الذي هو ليس بوالده عند المشتري ، واختلفوا في نصيب والده ، قال بعضهم : يدركه ، وقال بعضهم : بأن لا يدركه عند المشتري ، لئلا ينقض فعل والده والله أعلم .

باب متى يأخذ الشفيع الشفعة ؟

ومتى تفوته ولا يأخذها ؟

إختلف العلماء في ذلك ، قال بعضهم : الشفعة واجبة للشفيع على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب ، فإذا علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت الشفعة ، وفي الأثر : ويشفع عند علمه ، وإن صلى ركعتين نافلة قبل أن يشفع بطلت ، وعمدة أصحاب هذا القول ، أن سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه بإسقاط حقه في الشفعة ، وقد ورد في الشرع : السكوت يقوم مقام الرضا لقوله عليه السلام : (البكر تستأذن وإذنها سكوتها)[1] ، وقال آخرون : وقت وجوبها متسع ، وليس هو على

باب متى يأخذ الشفيع الشفعة ؟

قوله : فإذا علم وأمكن الطلب الخ ، وهذا هو مذهب أصحابنا المشارقة ، إلا أنهم يوسعون له في الثمن ثلاثة أيام ، وهذا هو اللائق بحال الناس .

---

(١) متفق عليه .

الفور ، واختلفوا في هذا الوقت ، هل هو محدود أم لا ؟ قال بعضهم: محدود ومدته ثلاثة أيام بعدما علم ، وفي الأثر وإذا ادّعى المشتري أنه فرط بعد ما علم ، فعليه اليمين أنه شفع عند علمه ، وإن كان في بلد غير بلد المشتري ، أشهد وسار من حينه ، أو يوكل إن منعه عذر مرض أو نحوه ، وأجله ثلاثة أيام أو مسافة بلده، ويدفع قيمة ما دفع المشتري ، وقد ذكر أيضاً في الأثر عن ابن عباد هذا القول ، يقول : له الخيار ثلاثة أيام بعد علمه ، ويعضد هذا القول ، قوله عليه السلام في حديث المصرّاة : (من اشترى شاة فهو بالخيار والنظر ثلاثة أيام) الحديث ، وقال بعض : لا تبطل شفعة الشفيع إلى سَنَتَيْن ، وقال بعضهم : إلى ثلاث سنين ، وقال بعضهم : لا يبطل الحق تقادمه ولا تفوته حتى يقطعها المشتري ، فهؤلاء أن السكوت عندهم لا يبطل حق امرىء ما لم يظهر منه ما يدل على إسقاطه ، ولا ينسب إلى ساكت قول قائل ، والمأخوذ به

قوله : ومدته ثلاثة أيام ، هذا هو المعمول به في زماننا في الجزيرة .

قوله : بعدما علم ، أي بأمينين فإنه لا تنقطع حجته إلا بهما كما تقدم .

قوله : وإن كان في بلد غير بلد المشتري الخ ، فيه أنه تقدم أن الغائب لا شفعة له ولو قدم من يومه ذلك .

قوله : أو مسافة بلده ، يعني ولو كانت أكثر من ثلاثة أيام ، وفيه أيضاً أنه لا شفعة لغائب ، أللهم إلا أن يقال : هذا مبني على القول بجوازها للغائب .

عند أصحابنا : أن الوقت ثلاث سنين ، وهو وقت الإشهاد عندهم في الأحكام ، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وَسَنُنَبِّهُ على هذا إن شاء الله في بابه إذا صرنا إليه ، والشفيع على شفعته عندهم في الثلاث سنين ما لم يقطعها عنه المشتري ، أو يسلمها الشفيع عند المشتري ، أو يعمل فيها الشفيع عملاً يقوم مقام رضاه بإسقاط حقه فيها ، أما تسليم الشفيع شفعته ، فإنه يكون على وجهين : أحدهما أن يسلمها للمشتري قبل الشراء ، والثاني بعد الشراء ، فإذا سلمها قبل الشراء أو أَذِن للمشتري أن يشتري الأرض التي له شفعتها ، فاشتراها ثم أرادها بعد ذلك ، فلا يدركها بعد ما أذِن له بالشراء ، لأنه قد سلم له حقاً يكون له . وقد روي عن جابر بن زيد رحمه الله أنه قال : (من ألزم شيئاً لنفسه ألزمناه له) ، ومنهم من يقول : له أخذها ولو بعد ما أذن له بالشراء ، لأن الشفعة لا تجب إلا بعد الشراء ، وهو قد أذن فيما لا يملك ، وكذلك المريض إن أذن له الورثة أن يوصي بأكثر من ثلث ماله ثم مات على هذا الاختلاف سواء، والله أعلم . وأما إذا سلمها الشفيع للمشتري بعد الشراء

قوله : أما تسليم الشفيع الخ، إنما لم يتعرض في النشر لقطع المشتري لتقدمه .

قوله : على هذا الاختلاف ، لم يبين رحمه الله، ما هو المأخوذ به من هذين القولين ، إلا أن التقديم يشعر بالاختيار والله أعلم .

فذلك أيضاً يكون على وجهين ، أحدهما : أن يسلمهـا ثم يظهر خلاف ما سلمها للمشتري عليه ، والثاني : أن يكون على ما سلمها عليه ، أما الوجه الأول إذا ظهر خلاف ما أسلمها عليـه فهو على شفعته لأن المشتري كتمه إياه وغشه، أصله حديث المصراة ، وغير ذلك من العيوب إذا خرجت في البيع فالمشتري بالخيار، وفي الأثر : وإذا اشترى الرجل الدار فأظهر أكثر مما أخذها به فسلم ذلك الشفيع ثم علم أنه أخذها بدون ذلك ، فإن ابن عبد العزيز كان يقول : هو على شفعته لأن ما سلم أكثر من الثمن ، وقال الربيع : لا شفعة له لأنه قد سلم ورضي ، والمأخوذ به أنه على شفعته، وأما إن قال : اشتريتها بمائة دينار فسلمها إليه فإذا هو قد اشتراها بمائتين أو أقل أو أكثر مما هو أكثر من المائة فليس له أخذها بعد ذلك لأن المشتري إنما ضر نفسه بذلك الخلاف الذي أخبر به أول مرة ، ونظير هذه المسألة رجل وكّل رجلاً على شراء سلعة معلومة بعشرة دنانير فاشتراها له بأقل من ذلك . فليس له ردها لأنه جر إليه المنفعة في الخلاف الذي خالفه فيه، وأما إن اشتراها بأكثر من العشرة التي سماها له فله ردها إن شاء ، وكذلك إن وكله على بيع سلعة بعشرة دنانير فباعها بأكثر من ذلك فليس لصاحب السلعة رد البيع حين باع له بأكثر مما سمي له ، فإن باعها بأقل مما سمي له فله ردها إن شاء ، وكذلك أيضاً إن

وكله بتزويج امرأة معلومة بصداق معلوم فتزوجها بأقل من ذلك فليس له رد النكاح ، وإن تزوجها بأكثر من ذلك فله رد النكاح إن شاء ، وهذا إذا وكله بشراء سلعة معلومة أو بنكاح امرأة معلومة ، وأما إن لم يسم امرأة معلومة ولا سلعة معروفة فله الرد إذا اشترى بأقل مما سمي لـه أو أكثر والله أعلم . وفي الأثر : وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيع فأتاه فأخبره أنه اشتراها بمائة دينار حالة فسلمها له ، فإذا هو قد اشتراها بمائة دينار إلى أجل ، فله أخذها حين غره بالأجل ولم يخبره به ما لم يتم ذلك الأجل ، فإذا حل الأجل فليس له أخذها ، فإن قال قائل : فالنظر يوجب عندي غير ذلك ، لأنه يمكن أن يكون إنما سلمها الشفيع للمشتري لتعذر الثمن عنده في ذلك الوقت ، وهو الآن حاضر عنده ، قيل له : يمكن هذا إذا كان تمام الأجل مع تمام أخذها ، لأنه حين أخبره المشتري بالشراء ، فلا عذر له في تأخيرها بعد الأجل طرفة عين ، لأن الأجل وقتٌ يمكنه فيه التهيؤ والأخذ، فإذا بلغ الأجل ولم يأخذ ، بطلت . فلا عذر له ، أصل ذلك الفرائض لا عذر له في تأخيرها حتى يخرج الوقت ، لأنه يمكنه الفعل في أوله وفي وسطه وفي آخره ، ولا عذر له بعد الوقت ، وكذلك الشفعة على هذا الأجل هو وقتٌ يجوز فيه للشفيع أخذها ، فإذا خرج فلا يدركها بعد والله أعلم . وإن قال :

اشتريتها بمائة دينار إلى أجل معلوم ، فسلمها له فإذا هو قد اشتراها بمائة حالة فليس له أخذها بعد التسليم الأول ، لأن المشتري إنما ضر نفسه بذلك الخلاف .

وكذلك أيضاً إن أخبره بخلاف ما اشترى به فسلمها له ، فإنه يدركها حين غرّه المشتري فسلمها له،إلا إن كان الذي اشترى به قيمته أكثر من الذي غرّه به وأخبره به،لأن ذلك الخلاف نفع للشفيع،وإن قال: اشتريتها جميعاً فسلمها له فإذا هو اشترى بعضها،أو قال له:اشتريت بعضها فسلمها فإذا هو اشتراها جميعاً،أو قال : اشتريتها لغيري فسلمها له فإذا هو قد اشتراها لنفسه ، أو قال: اشتريتها لنفسي، فإذا هو قد اشتراها لغيره، أو قال: اشتريتها وحدي فإذا هو قد اشتراها مع غيره، فإنه يدركها في هذه الوجوه كلها ولو بعد التسليم ، لأن التسليم هاهنا إنما على غير الشراء والله أعلم .

وأما إذا قال: قد اشتريتها بمائة ، فسلمها له فإذا هو قد وهبت له هبة الثواب، فله أخذها إذا كانت أقل من المائة التي أخبره أو مثلها ، وإن كان

قوله : إذا كانت أقل ، أي إذا كانت قيمة الثواب أقل .

قوله : أو مثلها،في كونه يأخذها إذا كانت القيمة مثل المائة،تأمله، لأن شفعة

قيمة الثواب أكثر من المائة التي أخبره بها ، فليس له أخذها .

وكذلك إن قال له : قد وهبت لي هبة الثواب ، فسلمها له ، فإذا قد اشتراها بمائة فله أخذها إذا كانت قيمة الثواب أكثر من المائة ، وإن كان قيمة الثواب أقل من المائة فليس له أخذها والله أعلم .

فصل

وإن سلم الشفيع للمشتري الشفعة فقد فاتته ولا يدرك الرجوع بعد ذلك ، وكذلك أيضاً إن أتى الشفيع إلى المشتري فسأله أن يبيع له الأرض التي له شفعتها أو يواليها له أو يهبها له، فأبى عليه المشتري، ثم أراد أن يأخذ شفعتها فلا يدركها بعد ذلك ، لأن ذلك منه إقرار بإسقاط حقه في الشفعة . وكذلك إن طلب إلى المشتري أن يطعمه من ثمارها فإنه لا يدرك بعد ذلك ، أطعمه المشتري أو لم يطعمه ، وكذلك إن أشار الشفيع على

المائة قد سلمها والله أعلم .

قوله : وهبت لي هبة الثواب ، يعني وسلم قيمته كما يشعر بذلك بقية كلامه ، يعني فتارة يسمي أكثر من المائة وتارة يسمي أقل من المائة والله أعلم .

قوله : قيمة الثواب ، أي الذي سمي .

فصل :

قوله : وإن سلم الشفيع الخ ، ظاهره أنه لا فرق في التسليم بين أن يكون قبل الشراء أو بعده ، فيدل على اختيار القول المصدر به فيما تقدم ـ والله أعلم ـ

المشتري في تلك الأرض برأي ، مثل إن قال : افعل فيها كذا وكذا من حرث أو حصاد أو غرس ، أوما أشبه ذلك ، فهذا كله يقوم مقام التسليم في الشفعة لأنه إقرار منه بجواز فعل المشتري والله أعلم . وأما الاعمال التي تقوم مقام الرضى من الشفيع بإسقاط حقه مثل إن استأجره المشتري فعمل له فيها شيئاً بكراء أو بغير كراء من حرث أو حصاد أو ما أشبه ذلك من العمل ، وكذلك إن استأجر الشفيع عبده للمشتري أو دابته في تلك الأرض بحرث أو حصاد أو بناء فلا يدرك الشفعة عنده بعد ذلك، وكذلك إن أسكن الشفيع في مساكن تلك الأرض بكراء أو بعارية من المشتري فإنه لا يدركها عليه بعد ذلك ، وهذا كله يقوم مقام الرضى من الشفيع بإسقاط حقه من الشفعة ، وأما إن غرّه المشتري فأطعمه من ثمار تلك الأرض على غير علم من الشفيع ، فلا تفوته بذلك تلك الشفعة لأن الرضا لا يكون مع الجهل والله أعلم . وكذلك إن أكل الشفيع من

قوله : مثل إن استأجره المشتري ، أي بعد علمه بالشراء .

قوله : بغير كراء، لعل المراد بغير كراء يقبض ، كتعليم قرآن أو صنعة أو نحو ذلك،وإلا فكيف يتأتى الاستئجار بغير كراء والله أعلم .

قول : إن استأجر الشفيع ، لعله إن أجر .

ثمار تلك الأرض على باب الادعاء منه بأخذ الشفعة فلا يبطل ذلك شفعته لأن ذلك منه ليس برضى لإسقاط حقه والله أعلم . وكذلك أيضاً إن اشترى ثلاثة نفر أرضاً من رجل واحد في صفقة واحدة وأحدهم شفيع لتلك الأرض لو أنها اشتراها غيرهم فلا يدرك هذا الشفيع أخذ أنصبائهم بالشفعة حين اشتراها معهم لأن ذلك منه يقوم مقام الرضى بإسقاط حقه في الشفعة في تلك الأرض، وكذلك إن باع ثلاثة نفر أرضاً ، واحدٌ منهم شفيعها ، لو أنه باعها غيرهم فلا يدرك عند المشتري أخذ أنصباء شركائه حين باع معهم في صفقة واحدة ، لأن تلك الصفقة لا تصح إلا برضائه ، فإذا صحّت برضاه فلا شفعة له بعد الرضا بالشراء والله أعلم .

وإذا ترك الشفيع شفعته ولم يطلبها حتى باع أرضه التي تجب فيها الشفعة ، أو وهبها أو أصدقها ، فلا يدركها بعد ذلك ، لأن المقصود بالشفعة إزالة الضرر من جهة الشركة ، وهذا ليس بشريك ، ومنهم من يقول : يدركها وليس في بيعه وهبته ما يبطل شفعته ، لأن بيع الأرض غير الشفعة والله أعلم .

قوله : لو أنه باعها غيرهم ،المناسب أيضاً أن يقول: لو أنه لم يبع معهم ،أو لو أنه باعها غيره: أي باع نصيبه ، والله أعلم.

قوله : وإذا ترك الشفيع الخ ، يعني بعد العلم بالشراء كما هو المتبادر من الترك ، وأما إذا باع أرضه من غير علم بالشفعة فالظاهر أنه لا تفوته قولاً واحداً ،لأنه معذور،والله أعلم .

وإذا كان لرجلٍ فدان وله شفيع ، فباع منه الربع ثم باع الربع الثاني ثم الثالث ثم الرابع ، فللشفيع الربع الأول ، ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ، وإن قصد أول مرة إلى الربع الثاني فأخذه بالشفعة فله أخذه ، ثم الثالث ثم الرابع ، ويفوته الربع الأول، ويكون قصده إلى الربع الثاني مثل التسليم للربع الأول ، وكذلك إن قصد إلى الثالث وإلى الرابع، فكل ما قصد إليه بالشفعة فله أخذه وما بعده ،ويفوته ما قبله من الأرباع ويكون له ذلك تسليماً منه حين تركه لغيره .

فإن قال قائل: فكيف يفوته ما قبله من الأرباع ولا يفوته ما بعده؟ قيل له : ما بعده مرتب في أخذ الشفعة كما كان مرتباً في الشراء فلا يفوته ، وما قبله كأنه قد تركه حين قصد إلى ما بعده والله أعلم .

ومنهم من يقول : له أخذهم جميعاً ، وله أن يبدأ بالأخذ من أيهم شاء،

قوله : فله أخذه ، ثم الثالث الخ، الظاهر أنه إنما أدرك شفعة الثاني والثالث والرابع ، مع أن تسليمه للأول يصير به المشتري شفيعاً ، والشفيع لا يشفع لأن الشفعة سابقة على التسليم ، وما عرف التسليم للأول إلا بقصده إلى الثاني،والله أعلم . وكذلك لو صرح له في التسليم بالربع الأول قبل الشفعة لبقية الأرباع، إذا كان البيع فيها سابقاً على التسليم لأن سبب الشفعة ، وهو البيع، سابق على التسليم، فيترك ما شاء ويشفع ما شاء،والله أعلم .

قوله : ومنهم من يقول: له أخذهم،لعله أخذها ، وهذا القول هو الظاهر

وليس في قصده إلى ربع من الأرباع ما يبطل ما قبله من الأرباع، وليس في ذلك ما يدل على رضاه بإسقاط حقه في الشفعة ، والله أعلم .

وأما إن باع البائع الربع لرجل من تلك الأرض ثم الثاني لرجل آخر غير الأول ثم الربع الثالث لآخر ثم الربع الرابع لآخر فللشفيع أن يأخذهم كيف شاء، ويبدأ من أيهم شاء، لأن له الأخذ ما لم يقطعها عليه المشتري أو يتركها والله أعلم .

وكذلك أيضاً إن اشترك أربعة نفر أرضاً فباع أحدهم لرجل ربعه، ثم اشترى من الثاني ربعه منها، ثم من الثالث ثم من الرابع، فللشفيع أخذ تلك الأرباع كيف شاء، ويبدأ بأيهم شاء على ما قدَّمنا والله أعلم .

وكذلك أيضاً إن اشترى رجل من رجل أرضاً ثم استحق نصفها رجل آخر بعد الشراء، فإنه لا يدرك النصف الآخر بالشفعة لأنه لم تثبت

قياساً على ما إذا تعدد المشتري، والله أعلم .

قوله : ثم اشترى ، أي ذلك الرجل .

قوله : فللشفيع، أي بأن يكون شريكاً في المنافع لأن الأرض هنا ليس له فيها شيء والله أعلم .

قوله : فإنه لا يدرك النصف الآخر الخ ، هذا الكلام يدل على أن المختار في الاستحقاق صحة البيع فيما لم يستحق ، وهذا إذا كان المشتري غير عالم

له الشركة إلا بعد الاستحقاق وهو بعد الشراء ، وهذا في الحكم .

وأما فيما بينه وبين الله فإنه يدركه بالشفعة لتقدم الشركة قبل البيع والله أعلم .

وفي الأثر : وما حدث بين الفدادين والأندر وغيرهم من المعاني التي تجب بها الشفعة نحو الطريق والمرسى والمساقي فلا تجب بجميع ما ذكرنا بحدوثه بعد البيع ، وكذلك إذا كانت تلك الوجوه قبل البيع ثابتة ثم زالت بعده فلا يبطلها ذلك بزوالها بعد البيع ، والله أعلم .

بالشريك ، وأما إذا كان عالماً به فاشترى الجميع ، فإن البيع يكون فاسداً لاشتمال العقدة قصداً على ما يجوز وما لا يجوز ، وانظر هل يلزم المشتري اليمين إذا ادعى عليه العلم بالشريك قبل البيع فأنكر ذلك ، أو لا ؟ والظاهر الأول لعموم قوله ﷺ (البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر)[1] لأن هذا الشيء يمكن أن يعلمه ، والله أعلم .

---

(١) تقدم ذكره .

باب في احكام الشفعة

وفي الأثر : وإذا مات المشتري فلا يدرك الشفيع الشفعة بعد موته عند ورثته إلا إن أحياها في حياة المشتري ، وإن مات الشفيع قبل أن يأخذ شفعته من المشتري فلورثته أخذها بعد موته ، أحياها الشفيع في حياته أو لم يحيها ، لأن الشفعة تورث وتباع وتوهب في قول الشيخ أبي الربيع رضي الله عنه ، وقال أبو محمد وافي بن عمار : إذا مات الشفيع قبل أن يأخذ شفعته ، فلا يدركها ورثته عند المشتري من بعده إلا إن أحياها مورثهم في حياته عند المشتري ، فعلى قول أبي محمد وافي بن عمار ، أن الشفيع لما كان مخيَّراً بين أخذ الشفعة وبين تركها ، وهو على أخذها ما لم

باب في أحكام الشفعة

قوله : فلا يدرك الشفيع الخ ، هذا ظاهر إذا كان الشفيع عالماً بالشراء ، وأما إذا لم يعلم إلا بعد الموت فالظاهر أنه يدركها قياساً على ما إذا لم يعلم بالبيع إلا بعد بيع ثالث أو أكثر ، والله أعلم.

يدل الدليل على تركها ، فإذا مات فهو أدل دليل على تركه لها ، لأن الشفعة عنده لا تورث ، لأنها حق في مال غير متملكة ، إلا إن أحياها في حياته وأشهد أنه على شفعته ، فإذا مات ولم يأخذها ، فورثته بمقامه ، وعلى قول الشيخ أبي الربيع ، أن ورثة الشفيع بمقامه ، لأن الشفعة عنده تورث وتباع وتوهب كسائر الأموال ، فإن قـــال قائل : فأين موضع الشفعة بين الحقوق والأموال ، فإن الأموال موروثة بالإجماع لأنها متملكة ، والشفعة ما لم يأخذها الشفيع ، فهي غير داخلة في ملكه ، وإنما له الحق ،فما لم يأخذه فهو غير متملك ؟

قيل له : لما كانت الشفعة متعلقة بالمال ، والمال موروث بالإجماع ، كان الحق المتعلق بالمال مثله عند صاحب هذا القول ، كالخيار بين البائع والمشتري في الشيء المبيع ، فمن مات منهما فورثته بمقامه من بعده ، اشترط الخيار البائع أو المشتري ، لأنه حق متعلق بالمال ، غير أن الخيار وجود الأجل فيه يدل على بقاء الحق إلى الأجل،ولو مات أحد المتبايعين فكان ذلك كالشرط بينهما بخلاف حق الشفعة ، وهو الذي يوجبه النظر والله أعلم .

قوله : وهو الذي يوجبه النظر، في نسخة :وهذا الذي الخ،يعني ان قول أبي الربيع هو المختار .

وأما إن مات المشتري قبل أن يأخذ الشفيع الشفعة ، فلا يدركها الشفيع عند ورثته بعد موته ، إلا إن أحياها في حياته ، لأن الميراث أقوى من الشفعة ، فما أكله الرجل في حياته فهو لورثته بالميراث من بعده، إلا إن دلّ الدليل على إخراجه من الميراث ، ولذلك قالوا : لا يدرك الشفيع الشفعة بعد موت المشتري إلا بالحياة ، والله أعلم .

وأما رد المبيع إذا مات المشتري قبل أن يرده على البائع بالعيب ، فلا يدرك ورثته بعده رده على البائع ، إلا إن أحيا ذلك مورثهم في حياته ، لأن المشتري مخيَّر بين أن يرد الشيء المعيب بالعيب ، أو يرضى به، فله الرد ما لم يدل الدليل على رضاه قبل موته ، فمن الدليل على رضاه، موته ، إلا إن أحيا ذلك في حياته ، لأنه انتقل بعد موته بالميراث ، وهو وجه من وجوه الإملاك ، كما أنه لو باعه في حياته لا يدرك رده ، غير أن

قوله : وأما إن مات المشتري الخ ، إنما أعاده مع كونه معلوماً مما تقدم ليذكر عليه .

قوله : لأن المشتري مخيرٌ الخ ، هذا ظاهر إذا كان عالماً بالغيب قبل الموت، وأما إذا كان غير عالم فالظاهر أن الورثة يدركون الرد كما يرشد إليه قوله : (مخير) لأنه لا تخيير مع الجهل، والله أعلم فليحرر.

قوله : لا يدرك رده ، يعني إذا باعه بعد العلم بالغيب ، وأما إذا لم يعلم وردّ عليه بذلك العيب فإنه يرده إن شاء كما تقدم في البيوع .

البيع لا يكون إلا برضاء، والميراث يكون بغير رضا، ولم يبق إلا أنه انتقل من ملك، والله أعلم.

وكذلك إن مات البائع قبل أن يرده المشتري عليه بالعيب، فلا يدرك على ورثته من بعده رده، إلا إن أحيا ذلك في حياة مورثهم، لأن هذا الحق لم يتعلق بترك مورثهم فيلزمهم، ولا يلزم الورثة من الحقوق إلا ما تعلق بمال مورثهم بعد موته.

فإن قال قائل: فهلا كان الرد بالعيب بمنزلة الدين، لأنه متعلق بالمال كالدَّين؟ قيل له: الرد بالعيب لو ترك المشتري حقه فيه لكان جائزاً، أرضي البائع أو لم يرض، والدَّين لا يكون ذلك إلا برضاء المدين، فهذا فرق بين الحقوق والأموال فاعرفه، فإنه يكشف لك عن كثير من المسائل، والله أعلم.

وكذلك أيضاً ما أحدث الرجل من المضرات فمات، فلا يدرك نزعها على ورثته إلا بالحياة، وكذلك إن وهب ذلك الشيء الذي حدث فيه المضرة، أو باعه أو أصدقه، فلا يدرك

قوله: فيلزمهم، هو بالنصب في جواب النفي.

قوله: فلا يدرك نزعها، لعل هذا إذا كان عالماً لما تقدم من أن الرضا لا يكون مع الجهل.

النزوع في ذلك على من انتقل الملك إليه إلا بالحياة ، وكذلك إذا مات الذي حدثت عليه المضرة فلا يدرك نزوعها ورثته بعد إلا بالحياة ، وكذلك إذا باع أو وهب أو أصدق فلا يدرك نزوع من انتقل إليه إلا بالحياة ، وكذلك ما لزم الرجل من الأموال من وجوه التعديات فلا يدرك على ورثة المطلوب إلا بالحياة ، ولا يدركه ورثة الطالب إلا بالحياة ، وأصل هذا فيما يوجبه النظر في هذه المسائل أن الحقوق بخلاف الأموال، والحقوق صاحبها مخير بين أخذها وتركها، أعني تجويز الفعل ، فإذا جوّزه جاز ولو لم يرض المطلوب قد صدر ذلك منه برضاه، وإنما تعلق الجواز إلى الطالب، والله أعلم.

والأموال لا تترك عن المطلوب بها إلا بعقد يوجب إخراج ملك من مالك إلى من انتقل إليه ، وأما إذا مات الطالب في الحقوق كان موته بمنزلة الرضا بترك ذلك، إلا إن أحياه في حياته ، وإن مات المطلوب بطل الحق على الورثة إلا بالحياة لأنه لا خيار له عند الورثة، إذ لا فعل لهم في ذلك ، وعلى مذهب الذين يقولون : إن الشفعة تورث وتباع وتوهب إذا باع الشفيع شفعته لرجلين باع لأحدهما ثلثين وللآخر الثلث أو وهب لأحدهما الثلثين وللآخر الثلث أو ورّث أحدهما الثلثين وللآخر الثلث فهي بينهما على حساب ما ورثوا ، وما اشتروا أو وهب لهم لصاحب

الثلثين ، الثلثان ولصاحب الثلث ثلثها ، ولا يكون بينهما على الرؤوس مثل الشفيعين .

وكذلك إن سلمها أحدهما له فلا يدرك الباقي إلا سهمه ، ويكون للمشتري ما سلم له الأول من سهمه ، ولا يكون ذلك مثل الشفيعين إذا سلم أحدهما للمشتري ، أدركها الآخر جميعاً ، لأن الشفيعين الشفعة بينهما على الرؤوس ، والمشتريان للشفعة والموهوبان لها والوارثان لها هي بينهما على حسب ما اشتروا أو وهبوا أو ورثوا ، والله أعلم .

وكذلك أيضاً ، إن اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيعان أو ثلاثة،فمات أحدهم فورثه ثلاثة ، فهي لهم كلها، وإن سبق إليها واحد من ورثة الميت فلا يدرك فيها إلا ثلثها أو ما ينوب به من الميراث .

وإن سبق إليها واحد من الشفيعين الحيين ، فليأخذها كلها ، لأن الشفعة لمن سبق إليها من الشفعاء ، وإن سبق إليها ورثة الميت وواحد من الشفيعين الحيين،فللحي نصفها وللورثة النصف الآخر على قدر ميراثهم، لأنهم في مقام أبيهم إذا اجتمعوا ، وإن سبق إليها واحد من الحيين وواحد من ورثة الميت ، ففي الأثر : وإن باع رجل لرجل أرضاً ولها

قوله : والموهوبان لها ، كذا فيما رأيناه من النسخ ، والصواب : والموهوب بهما هي .

شفيعان فمات أحدهما وترك ثلاثة بنين ، فسبق إلى شفعته واحد من ورثة الميت والشفيع الأول فأخذاها ، فللشفيع الأول منها ثلاثة أرباع وللوارث ربعها، وذلك لأن الشفيع ينزل فيها بالكل من حيث لهأخذها بالكل ، والوارث ينزل بالثلث ، وهو الذي له بالميراث، فاقتسموها بالحصص ، فصار لصاحب الكل ثلاثة أرباعها ولصاحب الثلث ربعها والله أعلم.

وكذلك أيضاً إن باع أو وهب أحد الشفيعين لثلاثة أو أربعة على معنى مسألة ميراث الشفعة ، والله أعلم .

وفي الأثر : وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً وشفعتها لثلاثة ، فماتوا جميعاً كلهم من قبل أن يأخذوا الشفعة ، وترك كل واحد منهم وارثاً واحداً ، فهي بينهم على الرؤوس جميعاً إذا جاءوها ، وإن تسابقوا إليها ، فهي لمن سبق إليها منهم ، وقيل : إذا تسابقوا فليس لمن سبق إليها منهم إلا الثلث ، وللباقين ثلث الثلث ، والله أعلم .

وفي الأثر : وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيع ثم

قوله : أخذها بالكل ، المناسب أخذها كلها .

قوله : لصاحب الكل ثلاثة الخ ، وذلك لأنه بمنزلة مال وثلث ، فلو سبق إليها وارثان وأحد الحيين لكان للحي ثلاثة أخماس، وذلك بمنزلة مال وثلثي مال.

تزوج الشفيع امرأة ، فأصدقها نصف ماله في الأصل ، ثم أخذ شفعته بعد ذلك ، فلا تدخل المرأة بصداقها ، علمت أو لم تعلم ، وكذلك إن أخذها وسلمها للمشتري ، فليس لها عليه عوض مثلها ، وإن تزوج المشتري بعد الشراء المرأة وأصدقها نصف ماله في الأصل ثم أخذ شفعته بعد ذلك ، فللمرأة على المشتري عوض مثلها ، إن لم تعلم بذلك ، وإن علمت فليس لها عوض ، إلا إن لم يكن لها صداق غير تلك الأرض فلها عليه عوض ، ومنهم من يقول : بأن ترجع إلى صداق مثلها من النساء ، وأما إن تركها الشفيع ولم يأخذها بشفعته فهي داخلة ، علمت أو جهلت ، وإن أخذ بعضاً وترك بعضاً فهي داخلة بصداقها فيما ترك ، ولها العوض فيما أخذ مع الجهل دون العلم ، وذلك لأن الشيء الذي تجب فيه الشفعة دخل في ملك المشتري دخولاً موقوفاً إلى أخذ الشفيع الشفعة أو تركها ، ولذلك قالوا : إن زوجة المشتري تدخل فيه بصداقها مع الجهل دون العلم ، لأن جهلها بذلك غرَّر لها بما أصدقها ، ولا تكلف علم الشفيع ، وإن ترك الشفيع شفعته دخلت فيه، علمت أو جهلت ، لأن ذلك داخل في ملك المشتري بالبيع لا بترك الشفيع شفعته من حيث لم يحتج إلى عقد ثان ، وأما زوجة الشفيع فلا تدخل فيه ، لأنه ما لم يأخذه فليس بداخل في ملكه .

فإن قال قائل : فإذاً يلزم الشفيع عند أخذ الشفعة عقد ثانٍ حين جعلت أخذه للشفعة دخول ملك ؟ قيل له : أخذه للشفعة دخول في ملكه بفعل متقدم عليه ، فعلى هذا المعنى ، إن حنث الشفيع والمشتري بأموالهما للمساكين ، فعلى المشتري أن يعطي عُشر تلك الأرض من غيرها ، وليس للشفيع فيها عشرٌ إذا لم يردها بالشفعة إلا بعد الحنث ، وكذلك إن جعلها المشتري للأجر قبل أن يأخذ الشفيع الشفعة ، فهي ماضية إذا تركها الشفيع ، وإن أخذها فليجعل المشتري ثمنها في مثل ذلك ، وكذلك جميع أفعال المشتري فيها من البيع والهبة والصداق والكراء والرهن ، ماضية إذا تركها الشفيع ، وإن أخذها بطل جميع ما فعل فيها مما ذكرنا ، فإن قال قائل : فلم لزم المشتري أن يجعل ثمنها للأجر ، إذا جعلها للأجر قبل أن يأخذ الشفيع شفعته ، ثم أخذها الشفيع بالشفعة ويعطي عُشرها للمساكين من غيرها ، إذا حنث فيها وأخذها الشفيع بالشفعة ، فهلا كان فعله فيها إذا أخذها الشفيع بالشفعة باطلاً ، كالبيع والهبة ؟

قوله : وكذلك جميع أفعال المشتري ، في نسخة : فكذلك فعل المشتري.
قوله : من البيع ، في نسخة : مثل البيع .
قوله: باطلاً، أي بحيث لا يلزمه شيء وإلا فالفعل باطل إذا أخذها الشفيع.
قوله : والهبة ، ظاهره ولو كانت كله إذا كانت لمعين .

قيل : إنما لزم المشتري ذلك ولو بعد أخذها الشفيع بالشفعة من حيث كان ذلك طاعة ، والطاعة من لزم لنفسه شيئاً منها لزمه ، والله أعلم .

وإن اشترى رجل أرضاً بعشرة دنانير ، ثم باعها لآخر بعشرين ديناراً ، وباعها الثاني للثالث بثلاثين ديناراً ، فأراد الشفيع أخذ شفعته فله أخذها من أيهم شاء ، من الأول أو الثاني أو الثالث بالثمن الذي اشتراه به دون غيره ، ولو كانت الأثمان مختلفة ، وإن أخذها من الأول بالعشرة الدنانير التي اشتراها به ، بطل بيعه الثاني بعشرين ديناراً ، ويرد عليه ما أخذ منه ، وكذلك الثاني على الثالث ، وإن أخذها من الثاني بالعشرين التي اشتراها بها من الأول ، كان أخذه من الثاني تجويزاً منه لبيع الأول إياها بعشرة ، وإبطالاً لحقه فيها عند الأول ، وأبطل فعل الثاني للثالث من البيع ، وكذلك إن أخذها من الثالث ، جاز بيع الأول والثاني والله أعلم .

وإن كان في أحدهم أبو الشفيع أو شفيع مثله أو من قطعها عنه ، بما

قوله : من حيث كان ذلك طاعة الخ ، التعليل بهذا يقتضي أنه إذا قصد بهبته وجه الله ، ثم أخذها الشفيع ، أنه يلزم الواهب ما لزم في الأجر ، بل ربما يقال : إنها داخلة في الأجر والله أعلم ، ثم رأيت في كتاب أبي زكريا ما يقتضي

ذكرنا من الوجوه التي يقطع المشتري بهـا شفعة الشفيع ، فإن الشفيع لا يدركها ، لأن ذلك كله مما تفوته بها ولا يدركهـــا عند من هو مثله في أخذها ، أصل ذلك لو اشتراها قبله لا يدركها عنده، والله أعلم .

وإن اشتراها الأول ، ثم وهبها للثاني ثم باعها الثاني للثالث ، فـله أخذها من الأول أو الثالث دون الموهوب له ، وإن أخذها من الأول بطل عمله في الهبة فيها ، وإن أخذها من الثالث فله أخذها ، وكذلك إن كان الموهوب له هو آخرهم ، فله أخذها عند الأولين ، فلا يدركها عند الموهوب له كما ذكرنا والله أعلم .

وفي الأثر : وإذا اشترى رجل نصف دار أوفدان أو بستان واشترط المشتري الخيار إلى أجل معلوم، ثم باع النصف الباقي من ذلك لرجل آخر غير الأول بيعاً قاطعاً من غير خيار قبل تمام مـــدة الخيار الأول، ثم رضي البيع الأول الذي اشترط منهما الخيار بعد تمام أجـله ، فقال بعضهم : إن المشتري للنصف الأول بالخيار منهما له أخذ الشفعةعن

شمول هذه الصورة حيث قال : ثم جعلها المشتري للأجر أو لوجه الله ، فعـــلى هذا تحمل الهبة على ما كان للثواب لأنها بمنزلة البيــع والله أعلم .

قوله: ولا يدركها عند من هو مثله، عبارة أبي زكرياء رحمه الله: عنده ولا عند من كان قبله، وهي أصرح من عبارة المصنف وأعم والله أعلم.

قوله : "فقال بعضهم" الخ، لو قيل: لا يدركها الأول لعـدم إبرام العقد ، ولا

الذي اشترى النصف الآخر لأنه سبقه بالشراء ، وقال بعضهم : إنما الشفعة لصاحب النصف الآخر على صاحب النصف الأول ، لأن شراءه لم يصح إلا بعد تمام الأجل فلا يضر شراءها الأول بالخيار والله أعلم .

وإن وجد المشتري في الأرض التي اشتراها عيباً كان فيها قبل ذلك الشراء فقال له الشفيع : أنا آخذها بالشفعة، ورضي ما فيها من العيب، فله ذلك، فلا يردها المشتري بالعيب بعدما رضي الشفيع أن يأخذها بعيبها لأن الشراء له، وإن لم يعلم الشفيع بالعيب حتى ردها المشتري على البائع فله أخذها ولا يضره رد المشتري إياها بالعيب، لأن الشراء له ، ويطلبها عند المشتري لأن رد العيب ليس ببيع ، وإما إن أقال المشتري فيها البائع فللشفيع أخذها بالشفعة ويدركها عند أيهما شاء لأن الإقالة بيع من البيوع ، وكذلك التولية والقضاء في الحقوق ويطلبها عند أيهما شاء ، وإن فعل المشتري فيها غير البيع فيطلبها عند المشتري دون الآخر الذي فعل معه المشتري ما لا تدرك فيه الشفعة ، وإن أخذها الشفيع بالشفعة ثم اطلع فيها على عيب كان فيها قبل الشراء فإنه يردها على المشتري دون

يدركها الثاني لتقدم العقد لكان وجها وجيهاً عملاً بالعلتين والله أعلم .

قوله : ويطلبها عند المشتري الخ ، يعني والله أعلم ، ويلزم البائع بدفع ذلك للمشتري لأن هذا الرد ليس بشيء لأن أصل الصفقة في الحقيقة للشفيع ، والله أعلم.

البائع لأنه هو الذي أخذ المال .

وفي الأثر : وإذا أخذ الرجل الدار بالشفعة من المشتري فنقده الثمن، فإن ابن عبد العزيز يقول : العهدة على المشتري للذي أخذ المال ، وقال ابن عباد : العهدةعلى البائع لأن الصفقة وقعت يوم اشترى المشتري للشفيع ، والله أعلم .

وفي الأثر : وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيع، ثم عمل المشتري فيها عملاً كثيراً من بناء أو حرث أو حفر أنهاراً وأجباباً أو آباراً ومغارات أو عنى فيها عناء كثيراً ، ثم أخذ الشفيع شفعته بعد ذلك فلا يدرك عليه المشتري أجر ما عنى من عمل في قول الشيخ رضي الله عنه .

وقال أبو محمد وافي بن عمار : له أجر عناه لأنه ليس بمتعد ، وعلى قول الشيخ : أنه لا يدرك على الشفيع العناء ، كما لا يدرك عليه الشفيع الغلة ، ، وهذا في غلة حدثت بعد الشراء وأدركت قبل أن يأخذ الشفيع الشفعة ، وبالجملة : كل غلة لم تدرك عند أخذ الشفيع الشفعة فهي للشفيع لأنها تبع للأرض ، وكل غلة أدركت عند أخذ الشفيع

قوله : أجر ما عنى من عمل ، أي لأنه في الحقيقة قد تعمد إتلاف ماله لأن أصل الصفقة في الحقيقة للشفيع .

الشفعة فهي للشفيع لأنها تبع للأرض،وكل غلة أدركت عند أخذ الشفيع الشفعة فهي للمشتري بقيمتهـــا يوم الشراء ، وإن لم تحضر للبيــع فهي للمشتري بلا قيمة لأنه غلة، والخراج بالضمان . وكذلك إن أخذ بتلك الارض شفعة قبل أن يأخذها الشفيع بالشفعة فإنه يمسكها كما يمسك الغلة، ولو أخذ الشفيع تلك الارض التي بها أخذ الشفعة،والله أعلم.

وإن تغيرت أرض الشفعة في يد المشتري قبل أن يأخذ الشفيع شفعته فإنه لا يخلو أن يكون تغيير نقصان أو تغيير زيادة،فإذا كان تغيير نقصان فلا يخلو أن يكون التغيير من قبل الناس أو من قبل الله ، فإن كان من قبل الناس مثل إن أفسد فيها أحد شيئاً من أشجارها أو بنيانها أو ما أشبه ذلك ثم أخذ الشفيع الشفعة فإنما على الرجل أن يعطي قيمة ما أفسد للشفيع دون المشتري لأن الشفعة له ، وإن جعله المشتري في حل من ذلك قبل أن يأخذ الشفيع شفعته فقد أجزأه ذلك . ويكون على المشتري قيمة ذلك، يحطه على الشفيع من الثمن ، وكذلك ما أفسد فيها المشتري بنفسه فعليه أن يحط قيمة ذلك على الشفيع من الثمن ، وإن كان النقصان من قبل الله مثل ان حمل السيل شيئاً من أشجارها أو بنيانها أو جسورها ثم أراد الشفيع الشفعة فعليه أن يعطي للمشتري جميع الثمن

قوله : يوم الشراء ، أي حضرت الصفقة .

ولا يحط عنه شيئاً من قيمة ما أفسد الريح أو السيل أو الظلمة ، لأن المشتري ليس عليه من ذلك ضمان، إنشاء الشفيع أن يأخذ بالثمن الأول وإن شاء ترك، والله أعلم .

وإن كان التغيير من قبل الزيادة فإنها لا تخلو أن تكون تلك الزيادة من تلك الارض أو من خارج، فإن كانت من الارض فهي للشفيع ، وإن كانت من خارج فقد ذكر في الأثر : وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيع ثم غرس فيها غروساً أو بنى فيها بناء فهو للشفيع إذا كان النقض والفسائل من تلك الأرض بعينه، ولا يدرك أيضاً عناه للمشتري ، والذي أدخله فيها من غيرها من النقض والفسائل فليخرجه منها إذا أخذ الشفيع شفعته ، إلا إن اتفقا عليه وتركه بقيمته ، وأما ما غرس فيها من الغصون والعيدان فهو للشفيع، كان أصله من تلك الارض أو من غيرها، إلا أن على الشفيع قيمة الغصون إذا كانت من غير تلك الأرض ، والذي أخرجه من النقض والفسائل من تلك الأرض فغرسه في أرضه فعليه رده إلى موضعه وعليه حفظه حتى يستغني ، وما هلك فيه قبل أن يستغني فعلى المشتري قيمة ذلك ، والله أعلم .

فهذا يدل من قولهم أن النقض والفسائل باقية على ملك من هي له ،

لأنها معينة ، والغصون تابعة للأرض لأنها مستهلكة وليست بمعينـــة ، وكذلك أيضاً ما أحدثه المشتري من الزرع في تلك الأرض ثم أخـذ الشفيع شفعته قبل إدراكه فهو له ، ويعطي للمشتري بذره الذي حرث في الأرض ، وقد قيل: إنه للمشتري بغير قيمة ، وهو المأخوذ به، وإنما سهلوا في الزرع لأن الشرع ورد فيه بالتسهيل في مثل هذا ،والله أعلم .

وإن أخذ الشفيع الشفعة بعد إدراكه، فهو للمشتري بغير قيمة، لأنها غلة الأرض، والغلة بالضمان . وأما ماكان في الأرض من الزرع يوم الشراء فهو للشفيع إلا إنأدرك قبل أن يأخذ الشفيع شفعته،فهو للمشتري بقيمته يوم الشراء ،والله أعلم .

قوله : بالشفعة ، يتعلق بقوله:ولو أخذ .

قوله : وليست بمعينة ، كأن المراد بعـــدم التعين عـدم اختصاصها باسم الشجرة مثلاً ، وغير مقصود إليها بنفسها ، كما تشهد بذلك العادة ، والله أعلم .

باب في دعاوى الشفيع والمشتري واختلافهما

وإذا اختلف البائع والمشتري على الثمن، فقال البائع: بعت لك بمائة، وقال المشتري: لا بل بعت لي بخمسين، فاختصما على ذلك فأتى على المشتري ببينة ما يدّعيه، ثم أراد الشفيع أخذ الشفعة، فإنما عليه المائة التي أخذها البائع من المشتري بشهادة العدول، ولا يؤخذ بقوله للبائع: بعت لي بخمسين، لأن العدول أولى من قوله.

وقد ذكر في بعض الكتب غير ذلك: أن يؤخذ بإقراره إنما المشتري بخمسين، والله أعلم.

وإن اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن فعلى المشتري البينة لأن عليه بيان ذلك، ويجزيه الخبر، لأن ذلك منه بيان شيء ثابت باتفاقهما، ولكن اختلافهما في المقدار وإن لم تكن البينة للمشتري فعليه اليمين

باب في دعاوي الشفيع والمشتري واختلافهما

قوله: فعليه اليمين، وذلك لأن اليمين أقوى المتداعيين، ولا شك أن المشتري أقوى لمباشرته الفعل.

أيضاً لأنه هو الذي باشر الفعل، فإذا حلف فإن شاء الشفيع أخذ وإن شاء ترك ، وإن أبى أن يحلف فليأخذه الشفيع بما أقرَّ به دون ما ادعاه المشتري. وكذلك إن اختلفا في جنس الثمن مثل إن قال المشتري : اشتريت بالدنانير ، وقال الشفيع : لا بل اشتريت بالدراهم أو بالعروض أو ما أشبه ذلك مما هو غير الدنانير ، فالبينة أيضاً على المشتري على ما يدّعيه ، وإن لم تكن له بينة فعليه اليمين أيضاً كما ذكرنا ، فإذا حلف فإن شاء الشفيع أخذ شفعته، وإن شاء ترك،وإن اختصما على الشفعة فادعى الشفيع أنه اشترى وأنكر المشتري الشراء فعلى الشفيع البينة ولا يجزيه في ذلك إلا الشهادة بعد إنكار المشتري لأنه انتقال ملك ، ويجزيه الخبر قبل الإنكار ، وإن لم تكن للشفيع بيّنة فعلى المشتري اليمين بأنه لم يشتر، ولا يحلفه الحاكم حتى يرسل الأمناء فيرون تلك الأرض التي يحلف عليها لأن ذلك يمين قاطعة .

وإن حلف المشتري على ماذكرنا ثم أتاه الشفيع أو شفيع غيره على ذلك مرة أخرى ، فليس لهما إليه سبيل بعدما حلف على الشراء إلا أن يدّعوا عليه أنه اشترى بعد اليمين ، وإن أنكر البائع والمشتري جميعاً فليس للشفيع إلى ذلك منه سبيل لأن ذلك منه دعوى لغيره، والله أعلم .

وإن أراد الشفيع أخذ الشفعة على المشتري فقال له المشتري : إنك

جو زت إلي الشراء أو قطعت عنك الشفعة بعد الشراء أو أطعمتك من ثمارها أو استأجرتك فيها لعمل كذا وكذا وما أشبه ذلك من الوجوه التي تقطع بها الشفعة ، فعلى المشتري البينة في ذلك كله ، ويجزيه الخبر دون الشهادة لأن ذلك ليس بانتقال ملك،وإنما هو دعوى في إبطال حق، فإن لم تكن له بينة فعلى الشفيع اليمين على ما يدّعيه المشتري قبله ، وكذلك أيضاً إن أخذ الشفيع شفعته على المشتري، ثم أنكره بعد ذلك، فقال : ما أخذت شيئاً ،فعلى الشفيع البينة بأنه قد أخذها عنه ، ويجزيه في ذلك الخبر دون الشهادة، لأنه ليس بانتقال ملك كما ذكرنا ، وإن لم تكن له بينة فعلى المشتري اليمين .

وفي الأثر : وأما إن أخذ الشفيع الشفعة عن المشتري ثم عارضه البائع في تلك الأرض،وأنكر البيع، فعلى الشفيع البينة بأن المشتري قد اشترى عنه ، وأنه قد أخذ بالشفعة على المشتري ، ثم يأتي بالشهود فيخبرون بالشراء ، ويخبرون بالخبر عن الشفعة ، وهذا إذا كان الشهود الذين حضروا لشرائهم الذين حضروا الشفعة ، وأما إن كان الشهود الذين حضروا الشفعة غير شهود الشراء فلا

قوله : فيخبرون بالشراء، يعني على جهة الشهادة لأنه انتقال ملك، ويدل له أيضاً قوله : ويخبرون الخبر .

يشهدون له على البائع ، فإن لم تكن له بينة فعلى البائع اليمين ، وإن أتى بالبينة على ما ذكرنا وحكم له الحاكم بالأرض ثم عارضه فيها المشتري وأنكر أن يكون الشفيع أخذها عنه بالشفعة فلا ينصت إليه الحاكم في قوله ، ولا يرفعه له منها ، وكذلك البيع والهبة والصداق على هذا الحال والله أعلم .

قوله : فعلى البائع اليمين ، إنما لزم البائع اليمين هنا لأن الدعوى بعد ثبوت الشفعة له لا لغيره ، لانتقال ما للمشتري إليه ، والله أعلم .

كتاب الهبة

باب في الهبة

والهبة جائزة، لقوله عليه السلام : (لا يحل مـــال امرىء مسلم إلا بطيبة نفسه) ولهذا قالوا : من وهب هبة بطيبة نفس كان للموهوب أخذها ، فهذا يدل على أن الهبة لا تحل إلا بطيبة نفس وقـــد أحال جوازها عليه السلام إلى طيبة النفس، فمتى لم تطب نفسٌ بهـــا فهي غير جائزة،ولا يغني عنها اللفظ، لكن ذلك إنما يعرف بالدلائل والقرائن،ثم إن الهبة الجارية بين الناس لا تخلو من هذين الوجهين،إما أن تكون عن طيبة نفس ، وإما أن تكون عن غير طيبة نفس ، فإذا كانت عن طيبة نفس فإنها تنقسم قسمين:جائزة، ومختلف فيها ، والجائزة أيضاً لا تخلو من وجهين : وجه يقصد بها الثواب ، ووجه لا يذكر بها الثواب ، والذي يذكر بها الثواب ينقسم أيضاً قسمين : قسم يقصد بها وجه الله ، وقسم

يقصد بها وجه المخلوق .

أما الهبة التي لغير الثواب فهي التي لم يتبين سبيلها فلا خلاف في جوازها . وإنما اختلفوا في أحكامها ، وذلك أن بعضهم قال: الهبة لا تصح إلا بالقبول والقبض ، والحجة في ذلك لهم (أن أبا بكر رضي الله عنه وهب لعائشة رضي الله عنها نخلاً كان في المدينة، فلما حضرته الوفاة جعله ميراثاً ، فتكلمت فيه عائشة ، فقال لها أبوها : يابنية إنك لم تقبضيه وإنه الآن للورثة) . وقال بعض : تجوز الهبة بلا قبض ولا قبول ، وقال بعضٌ : تجوز بالقبول وإن لم تقبض ، فمن اشترط فيها القبول والقبض فهي عنده لا تصح إلا بهما ،ولا تجوز عنده هبة المشاع ولا هبة ما كان في الذمة لعدم صحة القبض ، إلا أن يكون وهب سهمه في المشترك لشريكه فلا بأس لوجود القبض في المشترك ، وكذلك الدين للمديون فلا بأس ، فمن اشترط فيها القبول دون القبض ، فهي عنده تصح بالقبول ، وإن لم يكن القبض كالبيع، وتجوز هبة المشاع كما يجوز بيعه، وهو المأخوذ به عندنا، وهو قول علي وابن مسعود فيما ذكر في الأثر ، إلا أن يكون والد لولده فلا تجوز هناك إلا بقبض ، لحديث أبي بكر المتقدم ، لأنها عندهم مخصوصة في الولد ، والدليل عليه ما روي أنه قال عليه السلام :

(لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يعود فيها ، إلا الوالد لولده)[1] ، فهذا يدل أن الهبة تصح بالقبول دون القبض كالبيع ، وكل شيء يجوز بيعه تجوز هبته ، والله أعلم .

وإن علّقت الهبة إلى غائب أو طفل أو مجنون، فهي معلقة إلى قبوله، أعني الوقت الذي يصح فيه القبول ، من بلوغ أو إفاقة المجنون .

وفي الأثر : وقال في عطية الأب لابنه الطفل ، أنه لا تجوز إلا إن استخلف له خليفة فقبل عليه وإلا فهي معلقة إلى بلوغه ، وإذا بلغ فإن قبلها لزمته ، وإن دفعها فلا تلزمه .

وأما إن كانت من غير الأب ، ففي ذلك اختلاف ، منهم من يقول : هو بالخيار ، إن شاء قبلها وإن شاء ردّها ، ومنهم من يقول : ليس الأب في ذلك كغيره من الأولياء ، وقد لزمته العطية ولا يجوز دفعها ، فهذا فيما يوجب النظر أن الهبة للطفل من غير أبيه ، بمنزلة الصدقة لا تحتاج إلى القبول ، لأن القبول لا يصح منه ، ويخرج أيضاً هذا القول

قوله : هو بالخيار إن شاء قبلها، يعني إذا بلغ فيكون الغير كالأب.

قوله : كغيره من الأولياء ، الأولى كغيره من الناس أو كغيره فقط .

قوله : وقد لزمته العطية ، أقول: ويدل على لزومها للصبي كونها تصير لورثته إذا مات قبل البلوغ .

---

(١) رواه البيهقي والدارقطني .

على مذهب من جوّز الهبة بغير قبول ولا قبض، وجعلها بمنزلة الصدقة، لأنها قربة إلى الله تعالى ، وعلى قول الآخر : معلقة إلى البلوغ، وأما من اشترط فيها القبض فلا تجوز عنده .

وقد ذكر في كتاب أبي عبد الله محمد بن بركة : والنظر يوجب عندي أنها تثبت له بإحراز أبيه أو وصيه أو وكيل عليه من قبل الحاكم، أو محتسب من المسلمين ، وقالوا : لا تثبت هبة الأب لابنه الصغير ، لأنها في يده وقبضها إليه دون غيره ، فإذا عدم القبض لها لا تصح .

وقال بعض مخالفينا : إن الهبة جائزة بغير قبض، وهذا إغفال من قائله ، الدليل على ذلك أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه وهب لعائشة جذاذ عشرين وسقاً تمراً ولم تقبضه حتى حضرته الوفاة ، فقال لها : إنك لم تقبضيه وهو اليوم للوارث ، وهذا يدل من فعله مع ترك النكير والمخالفة عليه ، أن الهبة لا تصح إلا بقبض ، وفي ذلك أيضاً دلالة أن

قوله : فلا تجوز عنده، فيه أن أصحابنا المشارقة يشترطون القبض، ومع ذلك يجعلونها لورثة الصبي إذا مات .

قوله : وقال بعض مخالفينا الخ ، هذا هو المذهب عند أصحابنا المغاربة رحمهم الله في غير الولد مع والده .

قوله : مع ترك النكير ، يعني فهو إجماع سكوتي ، لكن قصره أصحابنا المغاربة على ما ورد ، وأما غير الولد فصدقته محمولة على غيرها من العقود .

فعل المريض ليس جوازه كجواز فعل الصحيح في البيع وغيره ، وفي الرواية أن أبا بكر قال لعائشة : بنية وددت لو أنك قبضتيه ، وهو اليوم مال الوارث .

وفي الأثر : وإذا كان الولد في عيال أبيه وقد أدرك ، فوهب له أبوه عطية وأعلمها له ولم يقبض ، فإن ابن عبد العزيز والربيع يقولان : لا تجوز ، وبه نأخذ، وكان ابن عباد يقول : هي جائزة ، والذي يدل عليه اختلافهم ، أن هبة الوالد لولده لا تجوز إلا بقبض ، ولكن يدل اختلافهم : هل القبض شرط في صحة الهبة ، أو شرط في تمامها ؟ فإذا كان شرطاً في صحتها لم تجز إلا به ، وإذا كان من شروط تمامها كانت الهبة جائزة، وللواهب الرجوع فيها ما لم يقبضها الموهوب له.

وفي الأثر : وإذا وهب الرجل لرجل هبة من أرض قبضها الموهوب له ، فبنى فيها وأعظم النفقة ، أو جارية صغيرة فأصلحها أو صانها حتى

قوله : ليس جوازه كجواز فعل الصحيح ، أي لتعلق حق الوارث بالتركة.
قوله : هي جائزة ، يعني إلا أنها لا تلزم إلا بالقبض ، لكن ولو بعد ذلك.
قوله : لا تجوز إلا بالقبض ، أي حالاً ، أو مآلا.
قوله : هل القبض شرط في صحة الهبة ، أي فليس له القبض بعد ذلك .
قوله : في تمامها ، أي فله القبض بعد ذلك ما لم يرجع والده .
قوله : لم تجز إلا به ، أي حالاً .

بلغت وأدركت ، فإن ابن عبد العزيز يقول : لا يرجع الواهب في شيء من ذلك ، ولا في كل هبة ازدادت خيراً ، ألا ترى أنه قد حدث فيها في ملك الموهوب له شيء لم يكن في ملك الواهب ؟ أرأيت لو ولدت الجارية ولداً أكان يقول له : أن يرجع فيه ، ولم يهبه له ولم يملكه قط ؟ فهذا مما ليس له الرجعة فيه، وبه نأخذ،وكان ابن عباد يقول له أن يرجع فيها ، وكان الربيع يقول : ليس للواهب أن يرجع في الهبة ، إن كانت قائمة بعينها أو زائدة أو ناقصة، إذا لم يذكر ثواباً يوم وهبها ، ولم يعرض له ، ويقول : من وهب هبة طائعاً غير مكره ، ولم يذكر ثواباً يوم وهبها ولم يعرض له ، مضت هبته ولا ثواب له .

وروي ذلك عن أبي عبيدة مسلم ، وقول ابن عباد في هذا ضعيف لقول النبي عليه السلام : (الراجع في هبته كالراجع في قيئه ، والقيء حرام)[1] .

وفي رواية أخرى عنه عليه السلام أنه قال : كذلك ان تقيأ ثم يعد فيه .

وروي عن ابن عباس أنه قال : لا يحل لأحد أن يهب هبة فيعود فيها إلا الوالد لولده .

---

(١) تقدم ذكره .

وفي الأثر : وإذا وهب الرجل داراً لرجلين أو متاعاً ـ وذلك المتاع مما يقسم ـ فقبضاه منه ، فإن ابن عبد العزيز يقول : لا تجوز تلك الهبة ، إلا أن يقسم لكل واحد منهما حصته ، وبه نأخذ ، وكان الربيع يقول : الهبة جائزة . وإذا كانت الدار لرجلين ، فوهب أحدهما نصيبه لصاحبه ولم يقسم ، فإن ابن عبد العزيز كان يقول : الهبة في هذا باطلة ، وبه نأخذ ، ومن حجته في ذلك أنه يقول : لا تجوز الهبة إلا معلومة مقسومة مقبوضة ، ويقول : بلغنا عن أبي بكر الصديق أنه نحل لعائشة جذاذ عشرين وسقاً من نخله بالعالية ، فلما حضره الموت ، قال لها : يا عائشة ، إنك لم تكوني قبضتيه ، وإنما هو مال الورثة ، فصار بين الورثة ، لأنها لم تكن قبضته ، وكان ابراهيم يقول : لا تجوز الهبة إلا مقبوضة ، وكان الربيع يقول : إذا كانت لإثنين فوهبها أحدهما لصاحبه فهذا قبض، وهذه معلومة ، وكان أيضاً يقول : الهبة جائزة وإن لم تقبض ، والمأخوذ به أن الهبة جائزة بغير قبض ، وهو قول علي وابن مسعود فيما بلغنا ، إلا أن يكون الوالد لولده فلا تجوز هنا إلا بقبض كما ذكرنا عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، وتقوم عندهم مقام البيع ، أعني

قوله : يا عائشة إنك لم تكوني قبضتيه ، في نسخة : تكن .

تجوز في موضع يجوز وتبطل في موضع يبطل، بل هي أسهل من البيع لأنها تقطع عندهم ما لا يقطع البيع في وجوه الغرر من جهة أنها قربة إلى الله تعالى وصدقة .

وفي الأثر : ومن نحل ما في بطن أمته لرجل فذلك جائز إلا أن يكون والد لولده ، فإن ذلك لا يجوز لتعذر القبض فيه ؛ فهذا يدل منهم ، أن الهبة يسهل فيها الغرر ، ولذلك يستعملونها في كل موضع يقطع فيها البيع ، مثل بيع الماء وبيع الفلاة وما أشبه ذلك ، والله أعلم .

وإن مات الواهب عندهم قبل أن يقبض الموهوب له الهبة كانت للموهوب ، وإن مات الموهوب له قبل أن يقبضها ، فهي لورثته .

وفي الأثر : وإذا كانت الهبة في عبد ، فوهبه رجل لرجل آخر غائب ، فليس عليه صدقة الفطر في ذلك العبد ، وهي على الموهوب إن علم ، وإن لم يعلم بالهبة لم يكن عليه شيء حتى يعلم ، وذلك لأنه لا تصح طاعة بغير علم ، والله أعلم .

وأما الهبة التي يقصد بها وجه الله ، فهي صدقة حسنة ومندوب إليها وثوابها عند الله يرتجى ، كقوله تعالى : ﴿ وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون ﴾ (١) ، ولا يحل للمتصدق بها أن يرجع

---

(١) سورة الروم : ٣٩ .

فيها، لقوله عليه السلام : (الراجع في هبته ، كالكلب يقيء ثم يرجع في قيئه)[1]، وإن رجع إليه بوجه من وجوه الاملاك ، فلا بأس عليه في قول بعضهم : والدليل على ذلك ما روي (أن رجلاً تصدق على أمه بجارية ، فماتت أمه ، فأتى النبي ﷺ يسأله، فقال له ﷺ : قد وقع أجرك على الله ، ورد الله عليك جاريتك)[2] ، وقيل : (إن رجلاً من الأنصار تصدق على أمه بقطعة ثم ماتت أمه ، فسأل النبي ﷺ فقال : قد وقع أجرك على الله ، ورد الله عليك قطعتك) . والصدقة على هذا جائزة لمن ردّها عليه الميراث ، أو اشتراها بهذا الخبر في قول بعضهم ، وكره قوم ذلك لقول النبي عليه السلام لعمر بن الخطاب: (لا تعد في صدقتك)،وذلك أنه تصدق بحصان فوجده يباع في السوق فأراد أن يأخذه ، غير أن حديث عمر في البيع، وأما الميراث فعند بعضهم : أنه ينبغي أن يجعله في ذلك الوجه ، وعند الآخرين جائز.

قوله : أو اشتراها،يعني قياساً على الميراث،والأحسن قصر الرد على الميراث لأنه قهري بخلاف غيره،بدليل حديث عمر رضي الله عنه،فلا معارضة بين الحديثين.

قوله : جائز، هذا هو الذي يدل عليه الحديث.

---

(١) تقدم ذكره .

(٢) رواه ابو داود والترمذي والنسائي .

وفي الأثر : قال : حدثنا أبو عبيدة أن الرجل إذا تصدق بصدقة ـ أظنه أنه قال لوجه الله أو كلام هذا معناه ـ ثم يرثها فإني أرى له أن يجعلها في مثل ذلك الوجه ولا يأكلها ، وكذلك قال حاتم أبو منصور ، وأخبرني من سأل الربيع بن حبيب عن دلك فقال فيها مثل قولهما .

وقال ابن عبد العزيز : كل صدقة ردها عليك كتاب الله فكلها هنيئاً مريئاً لا يخالجك فيها شك ولا يكن في نفسك منها شيء فإنه لا إثم عليك فيها ولا كف لأن الله هو الذي ردَّها عليك وكتابه ، وإن أنت أمضيتها في ذلك الوجه فحسن جميل ، وإن أكلت وحبست فلا جناح عليك هنيئاً . وكذلك أيضاً إذا أعتق الرجل عبده أو أمته لوجه الله أو لدَيْن كان عليه فلا يستحب أن ينتفع منه بوجه من الوجوه . والأصل في هذا كله ما ذكرناه وهو قوله عليه السلام لعمر : (لا تعد في صدقتك)[1] والله أعلم .

وأما الهبة التي يُقصد بها وجه المخلوق فلا يخلو أن يقصد بها دينه أو دنياه فإذا قصد بها دينه فلا تحل ولا يحل لأحد أن يأكل بدينه .

قوله : هو الذي ردَّها الخ ، هذا ظاهر في الميراث ، لأنه لا سبب له فيه .

---

(١) رواه أحمد وابو داود والترمذي

وقد روي عن النبي ﷺ قال : (من أشراط الساعة بيع الحكم وقطيعة الرحم ، والاستخفاف بالدم ، وكثرة الشروط ، وأن يتخذ القرآن مزامير يقدمون أحدهم ليس بأقرئهم ولا بأفضلهم إلا ليغنّيهم به غناء)[1] كما روي (أن النبي عليه السلام أمر بعض عماله أو قال بعض أصحابه أن يتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً)[2] ومثل هذا ما ذكر عن أبي محمدأيسر ويلسين في رواية الشيوخ أنه بات في تمنكرت فجعل أهل المنزل يخرجون عنه حتى بقي وحده ، وكان معه رجل غريب ، فلما خرج أهل المنزل فبدأ في القراءة وكانت له نغمة ، وكان له حسن الصوت ، فلما سمع أهل المنزل قراءته جاؤه بالطعام فأبى أن يأكله وقال لصاحبه : إن أردت أن تأكل كُلْ لو كانوا يطعمون في اللهلأطعموني أولاً والله أعلم.

غير أن هذا يعرف بالقرائن والدلائل إذا تبين أن الإطعام لم يكن لله وإنما كان على وجه لا يحل ولا يجوز مع هذا ، ونظير هذه المسألة ما روي (من نهيه عليه السلام عن كل قرض جر منفعة)[3] لأن معه قرينة تدل على أنه إنما أعطاه ذلك لأجل ماله وهو منه مداراة ، وكذلك كل من

(١) رواه مسلم وابن ماجه والدار قطني .

(٢) رواه الطبراني .

(٣) متفق عليه

له عند رجل حق يجب فيه مثل هذا ، وكذلك طعام الرجل عند غريمه .

وفي الأثر : وقال من قال : إنَّ طالب الحق لا ينزل على غريمه ولا يأكل طعامه ولا يقبل منه هدية إلا أن يحسب ذلك من حقه ، وأرجو إذا كان بطيبة نفس المطلوب أن لا يكون به بأس . ومن غيره، قال : قد قيل ذلك من الرياء أن يأكل الغريم مع غريمه ، وقال من قال : إذا جاء يطلبه بحقه ، وأما في غير ذلك الوقت فلا بأس،وهذا فيما يوجبه النظر إنما يرجع إلى القرائن والدلائل ، فمن القرائن ما ينزل منزلة التحقيق ، ومنها ما هو دون ذلك والله أعلم .

وأما إذا قصد بالهبة ما يثيبه الموهوب لها من الدنيا فإنهلا يخلو أيضاً أن يكون الثواب معلوماً ، أو غير معلوم، فإذا كان الثواب معلوماً ، فالهبة جائزة وتجري مجرى البيع في معانيها .

وقد ذكر أبو عبد الله محمد بن بركة في كتابه: فإذا قال البائع : بعتك ، وقال المشتري : اشتريت منك ، كان بيعاً ، وإذا قال : خذ هذا وأعطني هذا ، لم يكن بيعاً .

قوله : مع غريمه لعله عند .
قوله : الموهوب لها ، لعله له .
قوله : وقد ذكر الخ ، هذا إنما ساقه للمقابلة .

وكذا إن قال : وهبت لك هذه السلعة بكذا وكذا لم يكن بيعاً ولا هبة .

وقال بعض أصحابنا: دفع البدل يزيل الضمان .

وإن كان الثواب غير معلوم فهي أيضاً جائزة وعلى الموهوب له القيمة.

وفي الأثر : وإن ذكروا ثواباً ولم يثبه الموهوب له كان له أن يرجع الهبة ، فهذا يدل منهم أن الهبة للثواب بمنزلة البيع يدرك فيه القيمة ، وفي كتاب أبي عبد الله : والهبة جائزة للغني والفقير ، وجائز قبولها من الغني والفقير .

ومن ذهب من أصحابنا إلى أن الهبة من الفقير لا تجوز إلا على وجه ضمان البدل فعندي أنه أغفل في الرواية لما روي أن النبي عليه السلام قبل الهبة من بريرة مولاة عائشة لما أهدت إليه لحماً كان تصدق به عليها ، فقال النبي عليه السلام : (هو عليها صدقة ولنا من عندها هدية)[1] ولم ينقل أحد فيما علمنا ضمان النبي ﷺ لها بدلاً من هبتها . وأما الصدقة فكانت محرمة

قوله : ولا هبة ، يعني ـ والله علم ـ لأنه ليس من شأن الهبة أن يقال فيها ذلك.

قوله : بمنزلة البيع ، أي في كونها تحتاج إلى مقابل .

قوله : القيمة ، أي أو المثل ، ولعل هذا إذا فاتت .

---

(١) رواه الخمسة.

عليه لما رفع الله من قدره ، وكان لا يكون لأحد عليه يد بما آتاه الله به من خلقه بفضل الرسالة ، ويجوز أن يكون إنما حرّم الله عليه أخذ الصدقة إذا كان في حال من تجب له في ذلك الحال لما جاءنا من الله عز وجل له بذلك ليعظم أجره، والله أعلم .

فصل

وأما الهدية بين الناس فجائزة ومندوب إليها ، وروي أنه قال عليه السلام : (تهادوا عباد الله فإن الهدية تثبت المودة وتذهب الشحناء)[1] وفي خبر آخر عنه عليه السلام : (تهادوا تحابوا)[2] وقال عليه السلام (لو أهدي إلي كراع شاة لقبلته ، ولو دعيت إلى كراع لأجبته)[3] .

وفي كتاب أبي عبد الله : وقد قال بعض الفقهاء : إن ثواب الهدية كثواب الصدقة ، وعندي ان هذا القول يحتمل التأويل لأن الصدقة قد تصل إلى سيىء الحال وقد تصل من كثير المال وهي قليلة من صالح الحال

قوله : يحتمل التأويل ، أي يحتاج إلى التأويل .

---

(١) رواه مالك في الموطأ.

(٢) رواه الطبراني في الأوسط.

(٣) رواه البخاري.

من الفقر ، والهدية قد تصل إلى رحم سيىء الحال أو حسن الحال من كثير المال فينال المهدى إليه فضل الهدية والسرور بها وتجديد المودة وصلة الرحم والأفعال أو فائدة وموافقة أحوال تحدث ، وقد حثّ الله تبارك وتعالى ورسوله عليه السلام على صلة الرحم، فقال جل ذكره: ﴿ واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام ﴾ [1] أي اتقوا حق الله عليكم واتقوا حق الأرحام . والله أعلم .

وقد قال عليه السلام : (صلوا أرحامكم ولو بالسلام) [2] وهذا القول منه عليه السلام حثٌ وترغيب لبر الأرحام والصلة لهم والله أعلم .

وكذلك أيضاً ما يجعله الأب لابنته أو الإخوة لأختهم إذا أرادوا أن يخرجوها لزوجها فإنما ذلك صلة رحم وهدية لا يدركون عليها شيئاً بعد ذلك .

وفي الأثر: والإخوة إذا أرادوا أن يُخرجوا أختهم : هل يحسبونها

قوله : والسرور بهما ، لعله بها .

قوله : صلوا أرحامكم ، في نسخة : بلوا زيادة في مختصر العين ، بللت رحمي بلالاً وصلتها .

---

(١) النساء : ١ .

(٢) رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه والدارقطني .

بما خرجت به أم لا ؟ قال : لا يصح لهم ذلك إلا إن باعوا لها سهمها، أظنه شيئاً من ذلك بثمن معلوم و الله أعلم .

وفي الأثر : والهدية إذا فصلت من يد المهدي إلى المهدى له ومات المهدى له قبل وصولها رجعت إلى المهدي كهدية النبي ﷺ إلى النجاشي رجعت له لما مات النجاشي .

وقد قيل غير ذلك فهذا يدل أنّ الهدية ما لم تصل إلى المهدى إليه فهي مال المهدي ، وإن مات المهدى إليه قبل وصولها رجعت إلى المهدي ،وإن مات المهدي قبل وصولها إلى المهدى له رجعت إلى ورثة المهدي .

وفي بعض الآثار : وسألت أبا المورج وابن عبد العزيز وأخبرني من سأل الربيع بن حبيب عن المرأة تتصدق من مال زوجها وتعطي منه وتهب ، قالوا جميعاً : لا تتصدق ولا تعطي ولا تهب شيئاً من مال زوجها إلا بإذنه ، قال أبو المورج : فإذا أذن لها في ذلك فهما شريكان في الأجر.

وقال ابن عبد العزيز : لها ما تصدقت أو وهبت أو أعطت، وقد أشركته في الأجر وإن لم يجعل لها أجر في ذلك فلها الأجر وهي منفذة لأمره الذي أمرها به من العطية والصدقة والهبة، لا أجر لها إلا في طاعتها وتنفيذها لأمره، قلت لهما: فالمملوك يتصدق من ماله فلا أجر ذلك لسيده

إلا أن يجعل له أو يشركه فيه .

وفي الاثر : وهبة العبد المأذون له في التجارة جائزة،فقد روي عن سلمان الفارسي أنه قال : (أهديت لرسول الله ﷺ وأنا عبد فقبل مني)[1] وإن قارنت الهدية قرينة تدل على الثواب مثل ما يهدي الفقير للغني ولمن يرى أنه إنما يقصد بذلك الثواب ، فقد روي أن جابر بن زيد رحمه الله قال : من المكافأة من التطفيف .

وفي الأثر : وذكرت من أهدى لرجل هدية ، وقد اتهم المهدى إليه إنما أهدى إليه ليكافيه بأكثر من ذلك فمات المهدي ، أكان على المهدى إليه شيء أم لا ؟ فإن كان من باب الاحتياط، فنعم، وأما الوجوب فليس عليه فيما عندي في ذلك ما يجب عليه والله أعلم . والذي يوجبه النظر على ما رأيته .

وفي الأثر : واستدللت عليه أن الهدية إنما يراعى فيها العرف والعادة الجارية بين الناس ، ويقوم ذلك مقام الشرط ، وذلك في كل هدية يتعارفها الناس بينهم وتجري بينهم العادة في ذلك أن يهدي بعضهم لبعض في ذلك على طريقة المعونة لأن يهدى له هو أيضاً في معونة مثلها ، مثل ما

---

(١) متفق عليه .

يجري بينهم في الولائم والمآتم وما أشبه ذلك ، فيلزم المهدى له قيمة ذلك الشيء الذي أهدي له لأنه بمنزلة البيع .

وفي الأثر : والهدايا إنما تدرك فيها القيمة ولو كان الشيء حاضراً إذا لم يكن بينهم الاتفاق .

وفي الأثر أيضاً : وعن يوسف قال : لا تدرك الهدايا في الحكم إلا إن اشترط ثواباً معلوماً لأن الحاكم لا يحكم بمجهول ، قلت له : من جلب عروساً فعمل له رجل جفنة فجلبها إليها، على من تكون قيمة تلك الجفنة ؟ قال : على المرأة ، لأنها إنما جعلوا ذلك لحرمتها وحرمة أبيها ، قلت له : إن أكلت منها شيئاً يسيراً ؟ قال : عليها قيمة القصعة كلها لأنها فسدت من سببها وكان منشيها قبولاً والله أعلم .

وأما الهبة المختلف فيها، فمثل هبة الرجل لبعض أولاده دون بعض، وقد روي (أن رجلاً يسمى بشيراً وصل إلى النبي عليه السلام ، يستشهد في نحل ينحله ابنه النعمان بن بشير ، فقال له : أكُلّ أولادك نحلت ؟ قال : لا ، فقال له النبي عليه السلام : فارْدُدْه) [1] . وروي أنه قال : فأشهدوا غيري، وروي أنه قال عليه السلام : (أليس يسرك أن يكونوا

قوله : فجلبها إليها ، أي فجلب المرأة إلى الجفنة بدليل سياق كلامه .

---

(١) رواه ابو داود والترمذي وصححه .

لك في البر سواء) ، قال بعض : الحكم جائز وهو عاص ، والدليل لهم قوله عليه السلام ، اشهدوا غيري،ومنهم من يقول : لا يجوز، لقوله عليه السلام : اردده . ولأن النهي يوجب رد الحكم ، ومعنى قوله عندهم : أشهدوا غيري على معنى التهديد ، والذي يوجبه النظر ، أن الفعل ثابت ، والوالد عاص ، وذلك لأن النهي إنما ورد تأديباً من النبي عليه السلام ، لئلا يعرض في قلب ولده الممنوع ما يمنعه من برّه ، والدليل على ذلك، قوله عليه السلام : (أليس يسرك أن يكونوا لك في البر سواء) ، فإذا كان يسره أن يكونوا له في البر سواء ،كان الواجب عليه العدالة بينهم ، ذكوراً كانوا أو إناثاً ، أطفالاً كانوا أو بلغاً ، أو بعضهم لعموم الخبر على قدر ميراثهم منه ، ولا يحف إلى بعض أولاده دون بعض ، وليعدل بينهم ما استطاع كما ذكر عن النبي عليه السلام ، وفي كتاب أبي عبد الله محمد ابن بركة : وأجمع الناس على نحل ولد الولد ، ولم يجمعوا على نحل ولد الصلب ، ولولا الإجماع على ذلك ، لم يجز نحل ولد الولد ، لأن اسم الولد يقع عليه ، فهذا يدل أنه ليس عليه العدالة فيما بين أولاده وأولاد بنيه ، وكذلك أيضاً أولاد بنيه فيما بينهم ، إن أعطي لبعضهم شيئاً دون بعض في قول بعضهم ، وعلى قول الآخرين : إن عليه أن يعدل فيما بين أولاد بنيه إذا أعطى لبعضهم ، لأنهم كلهم عنده سواء في منزلة واحدة ،

وكذلك أيضاً ليس عليه العدالة فيما بين ابنته وغيرها من الورثة ، إن لم يكن له سواها من الورثة ، إن لم يطلب في ذلك الحيف من الورثة ، والله أعلم .

وإن طلب في ذلك الحيف فيما بين الورثة ، فلا يحل أن يحيف بين ورثته ولا يحل لمن يحضر له ، لأن ذلك فرار من فرائض الله .

وفي الأثر : وإذا كان لرجل ابن واحد وليس له غيره ، فأعطاه شيئاً ثم حدّث بعد ذلك أولاد غيره ، فليس عليه في عدالتهم شيء في قول بعض الفقهاء ، وقال بعضهم : عليه أن يعطي لهؤلاء الآخرين مثل ما أعطى الأولين ، وأما إذا كان له أولاد موحدون وأولاد مشركون فأعطى للموحدين، فليس عليه من المشركين شيء ، وكذلك الأحرار والعبيد من أولاده مثل ذلك، فليس عليه من العبيد شيء ولو عتقوا بعد ذلك أو وحّد المشركون ، وذلك لأن الله لم يساو بين الموحدين والمشركين والأحرار والعبيد في الميراث ، فليس عليه التسوية بينهم في العدالة، واختلف الفقهاء في الأم: هل عليها العدالة فيا بين أولادها ؟ قال بعضهم : عليها العدالة فيا بينهم كالأب ، وقال آخرون: لا عدالة عليها، والذي يدل عليه اختلافهم أن من لم يوجب عليها العدالة بين أولادها اقتفى ظاهر الحديث ، ومن أوجب على الأم العدالة فيما بين أولادها ، جعلها في ذلك كالأب قياساً

عليه، وعنـد الآخرين : أن الأب في ذلك بخلاف الأم، ويشهد على قولهم، قوله عليه السلام : (أنتْ ومالك لأبيك)[1]، وليست الأم كذلك، فهي قاصرة عن حكم الأب في ذلك، وليس على الاب في نفقة أولاده وكسوتهم وركوبهم عدالة، ما داموا لم يحازوا عنه، وذلك مثل أن يكون فيهم واحد يصلح لحضور الجماعـــة، فينبغي له اللباس الحسن، ومنهم من يرعى الغنم ولا يبالي بما لبس، وليس عليه العدالة في مثل ذلك، لأن ظاهر الحديث إنما ورد في شيء يملك دون ما ذكرناه، والله أعلم.

وكذلك أيضاً، إذا حبس السلطان واحداً من أولاده بظلم فأفداه أبوه من ماله، فليس عليه العدالة في ذلك، لأن ذلك عليه واجب، إلا إن كان لابنه مال، فعليه العدالة في ذلك، وكذلك إذا مرض أحد من أولاده فأعطى عليه الأجرة للطبيب أو أعطى الأجرة للمعلم على ما ذكرناه فيما يوجبه النظر، لأن ذلك عليه واجب، وأما ما كان عليه من الديون من قبل التعديات أو من قبل المعاملات فأعطى عليه ذلك بعدما حبس عليه، فعليه العدالة في ذلك، لأن ذلك صار إليه نفعه، والله أعلم.

---

(١) تقدم ذكره.

وإن وهب الولد لوالده هبة ، فقبلها ثم ردّها عليه الوالد بعدما قبلها ، لزمه عدل تلك الهبة لسائر أولاده ، لأنها بعدما قَبِلَهَا صارت له ، فهي كسائر ماله ، وإن أعطى لواحد من أولاده وليس له مال غير ذلك الذي أعطاه ، فإنه ينزع له ويعطي للآخرين الذين لم يعط لهم .

وفي الأثر : وإن أعطي الوالد لواحد من أولاده ، مثل أداة العمل أو معونة عبد يعمل له أو مثل ذلك من المعروف الذي يكون بين الناس ، فليس عليه من ذلك شيء ، وكذلك إذا كثر العيال على أحد من أولاده فأدركته فيهم الرأفة ، وجعل يعطي لعيال ابنه شيئاً ، فلا بأس عليه في ذلك ، والله أعلم .

وفي الأثر : مسألة أخرى عملها أبو سليمان لرجل من أهل شروس أقرّ لأولاده بالعدالة ، بأكثر مما جعل للبنات ، فحضروا له ثم أرسلوا الثقاة إلى البنات فجوّزن ذلك ، وكتبوا بعدما جوزن شهادتهم ، فهذا يدل من قولهم ، أن الواحد جائز له أن يهب لبعض أولاده بطيبة نفس الآخرين على ذلك ، لأنه من حقهم عليه ، والله أعلم .

وكذلك أيضاً على هذا المعنى ، يجب عليه العدالة بين عبيده ونسائه ، لأنه كما يسرهُ أن يكونوا في البر سواء ، كذلك يجب عليه

قوله : ويعطي للآخرين ، لعله ؛ أو .

العدالة فيها بينهم كما ذكرنا في مسألة الأولاد ، والله أعلم .

وفي الأثر : اختلفت العدالة مع الديون في أربعة أوجه، أحدها : لا يدركها عليه ما دام حياً ، وإن مات الاب فلا ينزل الإبن مع الديون ، ومنهم من يقول : ينزل معهم ، وإذا مات الولد أيضاً قبل الوالد ، فلا يدركها ورثته على الوالد ، والوجه الرابع لا يسقطها الأب إذا أراد أن يؤدي زكاة ماله ، ولا يؤدي عليها الإبن حتى يستوفيها ، وإن مات الأب ولم يوص بها ، فلا يدركها الإبن في المال ، وذلك لأن العدالة أضعف الديون ، إنما تلزم فيها بين العبد وربه ، وليست كذلك الديون ، والديون تدرك ولو لم يوص بها المدين ، لأنها مال متقدم في الذمة ، والله أعلم .

وإن احتاج الأب فأراد أن ينزع من مال أولاده شيئاً ، فإن عليه أن يعدل في النزع كما كان عليه أن يعدل في العطية، والأب يأكل من مال أولاده ما شاء وكيف شاء ، ولو كان له مال، وليس عليه العدالة في الأكل، كما أنه ليس عليه العدالة فيما يأكلون ، أعني نفقتهم كما ذكرنا ، والله أعلم.

قوله : إنما ، (إن) اسمها (فما) موصول اسمي .

فصل

وفي كتاب أبي عبد الله : واختلف أصحابنا في مال الولد : هل للأب أخذه في حياته وتمليكه عليه، أو شيء منه في حال الإعسار وغير الإعسار؟ فأجاز بعضهم للأب أخذ المال من ولده ، وإن كان الأب موسراً ، ويحكم له الحاكم بجواز ذلك الفعل ، وقال بعضهم : لا يجـــوز له ذلك إذا كان موسراً ، فإذا كان أخذ من ماله شيئاً كان بأخذه له ضامناً ، وقال بعضهم : ما يأخذه الأب من مال ولده انتزاع ، والإنتزاع لا يكون إلا فيما أتلفه ، وأما فيما عينه قائمة ، ينقلها إلى ملكه نحو الدور والأرضين والنخل فلا يصلح الإنتزاع فيه والعين قائمة ، وقال بعضهم : لا يجوز له أخذ شيء من ماله إلا الكسوة ونفقته يفرض الحاكم إذا كان معسراً والإبن موسراً ، وهذا القول أنظر عندي وأدل على موافقة تأويل السنة والله أعلم .

واختلف أصحابنا فيمن أجاز للوالد مال ولده، فقال بعضهم : يملك بالإنتزاع على الإبن ماله، أو ما يأخذ من ماله، ولا يكون ذلك إلا بالإشهاد على الفعل ، وقال بعضهم : الأخذ هو الإنتزاع ، هو الأخذ منه ، فقال

قوله : فيمن أجاز ، لعله ممن أجاز .

من لم يرَ الأخذ إلا بالشهادة ، أنه يشهد بأنه قد ملّكه على ابنه ثم يحل له ذلك ، فأما أخذه بغير بيّنة فلا ، وقال بعضهم : تناوله انتقالاً عن ملك إبنه إليه ، وهو انتزاع منه له ، فصاحب هذا القول يقول : لو أن رجلاً وطىء جارية إبنه ، جاز له وطأها وانتقلت عن ولده إليه ، ووطئه إياها انتزاع منه لها ، وقال بعضهم ، لا تحل له حتى ينزعها قبل الوطىء ، فإذا ملكها على ذلك ، حلّ له وطأها .

وفي الأثر : قلت لهما : فالرجل يأخذ من مال ولده ويتصدق ويهب ويعطي ، قالا : ذلك كله للوالد من مال ولده ، يضع في ذلك ما أحبّ ، إلا أن ابن عبد العزيز قال : ما لم يضر ولده ويجحف بماله ولاحقاً بالضرر ، قالا جميعاً : ولا يحل للولد أن يأخذ من مال والده شيئاً إلا بإذنه ، قال أبو المورج : حدّثني أبو عبيدة ، رفع الحديث إلى ابن عباس إلى جابر عن عائشة ، أنها قالت : (إن أطيب ما تأكلون من كسبكم ، وإن أولادكم من كسبكم ، فكلوا من كسبكم)[1] ، قلت لابن عبد العزيز : لو أن رجلاً محتاجاً وابنه غني ، إن هو بسط يده إلى ماله حال الإبن بينه وبين الأخذ من ماله ، فليأت به إلى القاضي ، فليعلمه بحاجته

(١) تقدم ذكره .

وأنه حال بينه وبين الأخذ من ماله ، قلت : أفيعطيه القاضي إذا أتاه وأعلمه ما ذكرت على أخذ ما أحب من ماله ؟ قال نعم ، يعطيه القاضي من مال ولده ما احتاج إليه ، ويحبسه على ذلك ويأخذه برزقه ونفقته وكسوة عياله بالمعروف ، على قدر سعة الإبن، غير مضار به ولا مشقوق عليه فيما لا يحمله ، قال أبو المورج : حدثني أبو عبيدة مسلم ، أن رجلاً أخذ من مال ولده في حياة النبي ﷺ ، فانطلق الإبن إلى النبي عليه السلام يشكو والده ويقول : أخذ والدي من مالي ، فقال النبي عليه السلام : (أنت ومالك لوالدك)[1] .

وأما الهبة التي لم تكن عن طيبة نفس ، فمنها هبة الكراهية ، لا تجوز ، لقوله عليه السلام: (ليس على مقهور عقد ولا عهد)[2]،لا تجوز للموهوب له ، وليس على الواهب منها حرج ، لأنه إنما فدى نفسه بماله ، وقد أجمع الناس أن للرجل أن يفدي نفسه من العدو إذا أسروه ، وليس ذلك بمعونة لهم ، وقد جاء في الحديث عن النبي ﷺ قال : (عودوا المرضى وأطعموا الجائع وفكوا العاني)[3] ، فلا يأمرهم النبي عليه

(١) تقدم ذكره .

(٢) متفق عليه .

(٣) رواه الخمسة .

السلام بشيء لا يحل لهم فعله ، ومن ذلك أيضاً عطية المداراة لا تجوز للذي يأخذها ، وفي الحديث : (شر الناس من يكرمه الناس مخافة شره ولسانه)[1] ، فعمّ ﷺ ولم يخصّ : أعني كل شر يخاف أن يلحقه من قبله ، فإن قال قائل : فإذا جاز للمسلمين أن يدأروا عن أنفسهم وأموالهم بأموالهم ، فهل يؤاخذ الناس فيما بينهم إذا أبى البعض أن يعطي ؟ قيل له ـ والله أعلم ـ ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، فهذا الذي يعطونه المسلمون عن أنفسهم وأموالهم وحريمهم للجبار ، بمنزلة الدفع عن أنفسهم وأموالهم وحريمهم ، إذا قدروا أن يدفعوا ظلم الجبار بأنفسهم دفعوه ، وإن لم يقدروا بأنفسهم فبأموالهم ، وليس ذلك منهم بمنزلة المعونة ، وإنما ذلك منهم بمنزلة الدفع لظلم الجبار .

وفي الأثر : قال محمد بن جعفر : وليس لأحد أن يعينهم بمعونة ، إلا أن يخافوا على البلاد والرعية ، فلا بأس على من قام بذلك وطلب الاستبقاء على البلاد وأهلها ، واستخرج لهم الخراج الذي وضعوه على أهل البلاد ، ممن أعطى برأيه وطابت بذلك نفسه ، ولا نحب أن يتعرض من قام بذلك من مال غائب ولا يتيم ، وقال أبو المؤثر مثل ذلك : وإن أخذ الجبار مال اليتيم وكان له وصي أو وكيل ، فخاف على مال اليتيم أن

(١) رواه احمد وابو داود .

يذهب ، فصالح عنه من ماله بأقل مما خاف أن يذهب منه واجتهد في ذلك ، فأرجو أن يكون له إن شاء الله ، وإن كان هذا الجبار محارباً لأحد من المسلمين طالباً لهم ، فلا نرى لأحد من المسلمين أن يعينه في وقت مطالبته على خراج يأخذه من الناس ، ولا بمال ولا بمقال ولا بشيء مما يقوى به على محاربة المسلمين .

وقال أبو المؤثر : لا يجوز لأحد من المسلمين معونة الجبابرة سلماً كانوا أو حرباً ، فإن خافوا هلاك البلاد فللمسلمين أن يدفعوا عن أنفسهم وبلادهم وأموالهم بما دفعوا إليه من أموالهم ، ولا بأس عليهم بذلك إن شاء الله ، ولا على من أخذ على الناس الأحرار البالغين برأيهم وطيبة من أنفسهم مالاً ودفعه إلى الجبابرة على ما وصفنا من الخوف على حريم المسلمين ودمائهم وأموالهم ، ولو كان في حد مناصبة لعسكر من عساكر المسلمين، لأن هذا أهون على المسلمين مما يصابون به منهم والله أعلم .

وقول أبي المؤثر في هذا أسهل وأيسر إن شاءالله ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ ، غير أن أبا المؤثر لم يبح من ذلك إلا ما كان عن طيبة نفس من صاحبه ، والله أعلم .

وفي جوابات الشيوخ رحمهم الله: وما نقولفي أهل منزل اتفقوا على

قيمة أموالهم لحال حامي أصلهم ومنافع منزلهم ، فقال قائلون منهم : إنما نقوّم ما جرت عليه أملاكنا من الأصل والحيوان والعروض والثمار وجميع الأملاك ، وقال الأكثرون منهم : بل لا نقوّم إلا الأصل وما اتصل به ، والفرقة الأخرى وهم الأقل ، والله أعلم بمرادهم في ذلك وهم من أهل العروض أيضاً ، الجواب في ذلك فيما عندي إذا كان هذا الذي يقوّمون لحال ما يعطونه لحامي أصلهم فإنما يرجع في ذلك إلى الذين قالوا نقوّم الأصل لأنهم إنما يعطون على قدر أصلهم ، وسبيل هذا سبيل سائر الاجارات . وأما غير هذا مما يجمعونه لمنافع منزلهم ومصالحهم مثل الضيافة وأشبه ذلك فإنهم يقوّمون جميع أموالهم .

وفي الأثر أيضاً : الغفارات على الحمول ليست على الجمال إذا لم يكن بينهم الاتفاق ، وفيه أيضاً : وإذا كان الرجل في منزل قوم وقد أعطى معهم الصلة فله ما لأهل المنزل من الرعي والسقي من أبيارهم وأنهارهم ، ولا يمنعونه من ذلك ، وإن لم يعط الصلة فلهم منعه مما ذكرنا ، وأما الخروج فلا يخرجونه إذا كان له دار وأرض ، وذكر الشيخ أنها نزلت في زمان أبي منصور في ويفات ، فوجدوه قد أعطى معهم الصلة ، فلم يجدوا أن يمنعوه مما لأهل المنزل ، ونزلت

أخرى في كراين وهو لم يعط الصلة فمنعوه من المرعى والسقي ، وإذا كان لرجل أرض في غير منزله فلا يدرك عليه أهل منزله أن يعطى عليه إذا كان يعطى عليه في ذلك المنزل، ويدرك عليه أهل ذلك المنزل أن يعطى عليه ، وإن لم يعط في ذلك المنزل فإنه يدركون عليه أن يعطى عليه في منزله، وهذا في الغفارات ، وأما الضيافة فلا يدرك عليه أهل ذلك المنزل أن يعطى عليه لأن له منزلاً ومسجداً، وأهل منزله يدركون عليه أن يعطى عليه ، وكذلك أهل المنزل يدركون على من كان له أصل في منزلهم ما نابه من الثمر ، فهذا يدل منهم أن ما يعطونه لحامي أصلهم إنما يعطونه على ما عليه من الحماية كما ذكر منزلتها كسائر الاجارات وأما الضيافة فإنما هي من منافع المنزل ، وهي على أهل المنزل على أموالهم ولذلك لا يمنعون من منافع المنزل من الغرباء من أعطاها معهم كما ذكرنا ، وأما ما يعطونه للناس ويدارون عن أنفسهم وأموالهم الظلم فإنما هو على أموالهم .

وفي الأثر : وذكرت ما بين أولاد عمران في بستانهم في تيجى وكان أوائلهم إنما يؤدون على سهامهم في الحوض من له ليلة أو أقل أو أكثر فكانوا يؤدون على تلك الحال ، وكثرت عليهم المودة للعرب

قوله : الغفارة ، صوابه الخفارة بالخاء ، وهي مضمومة ومكسورة .

وطلبوا إلى الآخرين أن يجعلوا الغنيمة : هل يجدون ذلك ؟ فاعلم يا أخي ـأيَّدك اللهـأن مسائل العامة وما يؤول إلى هذا إنما تجري على المحاسنة والمتامة فالذي عندي ، والذي أحفظه عن الشيخ رحمه الله فقال : إن المنازل على سير مفترقة وأحوال متفاوتة، فمنهم من يؤدى على مراتب ثلاثة: العليا والوسطى والدون ، ومنهم من تجري أمورهم على القيمة ، ومنهم غير ذلك ، ولكن إن ما سمعته يحمد من ذلك وهو أحوط فيما قال : إن ذلك على قيمة أموالهم فمن زاد زادوا له ، ومن نقص نقصوا له ، وهؤلاء يا شيخ ، الذي عندي إذا كانوا ليس لهم هناك إلا الحوض وما يسقى منه فتفاضلوا وأشباهها فأسبق إلى النفس من ذلك أن يمضوا على ما مضى عليه أوائلهم ، وأما إن كان بعضهم استفاد أموالاً غير الحوض وما يسقى منه فعليهم أن يقوّموا جميع أموالهم والقيمة أحوط لهم ، إلا إن خشيت أن يتفق من ذلك ما لا تدرك غايته أن يستمسك غيرهم إلى ذلك ، وفيه أيضاً ، وأما ما ذكرت ما بين أهل تملوشايت وجماعتهم من أهل تيجى، أبوا

قوله: إلى الآخرين، أي الذين ليس لهم في الحوض حق أو حق زائد على ما سقي من الحوض .

قوله : وأشباهها ، لعل المراد وأشباه هذه المسألة حكمه كذلك .

قوله : وجماعة أهل تيجى ، في نسخة : وجماعتهم من أهل تيجى .

أن يدوا معهم ، فاعلم يا شيخي أنهم قد سألوا أبي في حياته ، فقال : لأهل تيجى: تدوا على أموالكم في تملوشايت مع أهل تملوشايت فيما يدارون به عن أنفسهم وأموالهم ، فقال لهم أبو يوسف : بزعمي نزار ما نشتغل بأبي داود ولا بأبي عبدالله وأكثر جماعتهم حضروا مع عطية الله ، والساعة يا شيخ : إن أجابوا لك ما يجب عليهم من الحق أن يفعلوه ، فقد أخبرتك بما قال لهم أبي ، وعندي أنا مثل ذلك ، وقد تكلموا يومئذ أن من عثر في العرب باطلاً فعليه أن يدي من ماله ، وأن من أغاروا عليه ، فعثر فيهم أو خرجوا إلى العرب بالعامة فعثر فيهم من عثر ، فليس عليه شيء من ماله فإن خافوا من شر العرب بسبب ذلك داروا على أنفسهم وأموالهم ، وأما ما قال أبو الربيع : أنه سألني عن هذه المسألة ، وهمت ما رواه عني فإن أنصف فها أنا ذا فليحاججني ، فما رضوا يا شيخ أن يجوز عليهم مثل ما يجوز على غيرهم ، فالله نسأل العون والتوفيق .

وفي الأثر أيضاً : وذكرت قوماً جمعوا طعاماً للجبابرة إن كان تؤكل فضلته أم لا ، فأعلم أن ما عندي في ذلك ألا تؤكل ، لأن أصل

قوله : ليس عليه شيء من ماله ، أي وحده .

قوله : وهمت ما رواه أي ، شككت فيما رواه .

ذلك إنما جعل للخوف والمداراة ، ولو تحاللوا فيما بينهم ، ومنها أيضاً: هبة المرأة لزوجها إذا ادَّعت أنها فعلت ذلك بالمداراة .

وفي الأثر : وإذا وهبت المرأة لزوجها هبة أو تصدَّقت عليه بصدقة أو ابرأته من مهرها ثم قالت بعد ذلك: أكرهني ، وجاءت على ذلك بالبينة فإن ابن عبد العزيز كان يقول : لا تُقبل بينتها ويمضي عليها ما فعلت ، وكان الربيع يقول: تُقبل بينتها على ذلك ويبطل ما صنعت ، وإن وهبت له هبة أو تصدَّقت عليه بصدقة ثم قالت بعد ذلك : إنه أكرهني على ذلك ولم تكن لها بينة على ما ادعت من الإكراه ، فقول الربيع : أنه يقبل ذلك منها ويبطل ما صنعت ، وقال ابن عبد العزيز : لا يقبل ذلك منها ولا يبطل ما صنعت، وقال الله تعالى ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾ [1] .

قوله : ومنها أيضاً ، أي ومن الهبة التي لم تكن عن طيبة نفس .

قوله : تقبل بينتها ، هذا هو الظاهر لقوله عليه السلام (ليس على مكره عقد ولا عهد) ولقوله أيضاً (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ومـا أكرهوا عليه)[2] .

قوله : لا يقبل ذلك منها ، هذا هو الظاهر .

---

(١) النساء : ٤ .

(٢) تقدم ذكره

وفي الأثر أيضاً : وقال رحمه الله: إن الحاكم لا يشتغل بأربعة ، من أراد أن يأكل صداق ابنته بالحاجة فلا يشتغل به فليأخذها على نفقته إن شاء ، ومن ادعى أنه أعطته امرأته صداقها فلا يشتغل به إذا ادَّعت المرأة بعد ذلك الكراهية، ومن مات وترك امرأته وورثته وادَّعى الورثة أن مورثهم قد طلقها في حياته فلا يشتغل بهم والأخت إذا ادَّعى أخوتها أنها أعطت لهم مالها فلا يشتغل بهم ما دامت تستحيي والله أعلم .

وفي الأثر أيضاً : وأما مسألة التي أرادت أن تأخذ ميراثها من عند إخوتها ، فادَّعوا أنها وهبت لهم حين مات أبوها ، فاعلم أيدك الله أن هبة الجنازة حين يموت أبوها فيطلبوا منها ، فتلك هبة مداراة لا يشهدوا بها الشهود ، إن قالت بعد ذلك : إنما فعلت ذلك بالحياء والمداراة ، ولا

قوله : لا يشتغل بأربعة الخ ، لا ينصب الحاكم أيضاً الخصومة بين الرجل وابنته فيما أكل من صداقها كما نص عليه عمنا يحيى رحمه الله تعالى .

قوله : فلا يشتغل بهم ، لعله إذا تركها في منزل طاعته ولم تقم قرينة على الطلاق واتهم بالضرر بدليل ما ذكره فيما تقدم في باب القسمة في دعوى الورثة ، بعضهم على بعض حيث قال: أو كان العد عن امرأة فقال : قد طلقها مورثنا في حياته ثلاثاً ، فعليه البينة في هذه الوجوه كلها ، فإن لم يجد البينة فلا يدرك اليمين إلا في طلاق المرأة إن لم يتهم بالضرر في ذلك لأن الطلاق يمكن أن تعرف به المرأة فلذلك يكون فيه اليمين الخ .

يحكمها الحاكم إذا تبين عنده أنهم بتلك الهبة شهدوا ، وأما ما ذكرت أنهم قالوا : إن الإخوة باعوا من ذلك الأصل بعد هذه الهبة ، فإن ذلك يضر بشهادتهم ما لم يحكم الحاكم بها ، فهذا ما عندي ، والله أعلم .

ومثلها أيضاً ، ما ذكرت مسألة ما بين إبنة يخلف ويونس بن ميمون قد قضى الله ليونس ، اشترى من عند أولاد يخلف الفدادين وأختهم عندهم ، ثم بعد ذلك خرجت أختهم فكانت عند زوجها حتى مات وتزوجت موسى ، ثم أمرت فيما قال العبد : فدخل الفدادين ، ثم جاء يونس واشتكى به الساعة ، وادَّعى يونس أنها جوَّزت البيع حين كانت عند إخوتها، وأنكرت هي ذلك فيما قال زوجها ، فاعلم يا أخي إنما عندي في ذلك ، أن بيع الجارية تحت إخوتها ، وهبتها يضعفون ذلك ولا يشتغلون به إذا ادَّعت بعد ذلك أن ذلك منها مداراة ، فإن علم أنه بيع لحاجة لا بد منها ، من نفقة أو دَين يلزمهم جميعاً ، وما تحتاج إليه من خروجها إلى زوجها ، فإذا كان على هذا المعنى فجائز : ولكن الذي عندي حين أقامت بعد الخروج هذه المدة الطويلة حتى مات الزوج الأول فلم تعارض من غير مانع ولم تتكلم ، فهي عندي مريبة ، فيدرك عليها اليمين أنها لم تجوز إذا لم تتهم المدعي في ذلك ، وأما قول زوجها عنها فليس بشيء حتى تتكلم بنفسها .

وفي الأثر أيضاً : وأما ما ذكرت من مسألة رجل مات وترك أباه وامرأته وابنته ، وكان للمرأة أول مال ، وكان مع زوجها أندرهما واحد ومنشرهما واحد ومعصرتها واحدة ، فلما مات زوجها ، قال الأب : المال مالي ، وما أعطيت لولدي إلا أعطيت النكاح ، قلت : وقد كان ولده ماله على حدة وكذلك الإخوة ، فقلت : فعلى من البينة على الأب أو على ورثة الولد ؟ الجواب في ذلك عندي : قد يعرف مثل هـــذه المسألة أليس قد جازت عليك غير واحدة ؟ فهذه مثل مسألة ولد تليتيس بن القاسم الملوشاني وولد يحيى بن زكرياء ، يحتالون لها الأخيار ويعينونها حتى تأخذ مهرها وميراثها وشرح ذلك يطول في الكتاب ، ولها أيضاً ما ينوب أصلها مما استفاد زوجها من الغلة التي اشتركوها ، فهذا ما عندي ، والله أعلم .

وأما الذي قال الأب : ما أعطيت لابني إلا عطية النكاح ، فاعلم أن عطية النكاح حلال لمن أعطيت له، وحرام على من أعطى أن يرجع فيها، والله أعلم .

ومنها أيضاً هبة الاطمانية ، وفي الأثر : وأما إن أقرّت بالهبـــة وادّعت أنها هبة الاطمانية ، فعليها بيان ذلك ، وقد اتفق الشيوخ أن

هبة الاطمانية لا تنفع ولا تضر الواهب إلا في وجه واحد ، إذا وهب الولد ماله خيفة أن يأكله أبوه بالحاجة ، ينفع الولد في ذلك ولا ينصت إلى الأب ، وإن كانت هبته هبة التوليج فهذا أوفق ما أخذ به ومـــا استعملوه ، وإن كان قيل فيها غير ذلك عن الشيخ أبي زكرياء اللالوتي أن تكون الهبة جائزة ماضية ، ولا يكون في المال هبتان ولا بيعتان ، ومنها أيضاً في الأثر : والتوليج لا ينفع بل يضر ، إلا في ثلاثة أوجه : وذلك إذا أراد أن يزوّج ولده وأعطى ماله هبة التوليج ، ثم أعطى بعد ذلك لولده ، وأصدق الإبن فيما أعطاه أبوه فليس للمرأة شيء ، ورجل أعطاه أبوه شيئاً ، وكان له مال من غير أبيه ، فخاف من أبيه أن يفسده فأعطاه لرجل بالتوليج ، فكل ما فعل بعد ذلك أبوه في ماله من بيع أو عتق أو غير ذلك ، فلا يضره ما فعل ، ورجل أراد أن يبدل زكاة ماله فأعطاه الذي تجب فيه حتى يصل إلى يوم أراد أن يأخذه وقتاً لزكاته أو الشهر ، فيرده له الموهوب له فيأخذه وقتاً ، فهذا يدل من قولهم:والتوليج لا ينفع بل يضر ، إلا في ثلاثة أوجه : إن ما عدا هذه الثلاثة أوجه التي ذكرنا ، أن الهبة جائزة على معنى هذا القول، ومثل ذلك من وهب ماله

قوله : ومنها هبة الاطمانية لا تنفع ولا تضر ، هذا لم يتقدمعلى الإطلاق بل استثني منه وجه واحد.

لرجل لئلا يقع عليه الحنث فتكون الهبة جائزة ، ومثل هذا مذكور في الأثر ، فمن طلبه وجده فيه ، والله أعلم .

وأما على قول من قال في هبة الاطمانية : لا تضر ولا تنفع ، فعلى قيادة قوله ليست بشيء ، وهو الذي يوجبه النظر عندي ، لأنها لم تكن عن طيبة نفس ، وإنما هي على صفة ما أو شرط ما ، وما علق إلى شرط فهو إلى شرطه ، وقد ذكر في الأثر : قال أبو سفيان : إجتمع وائل والمعتمر ابن عمارة وجماعة إلى الربيع ، فسألوه أن يخرج إلى الموسم ، فقال : لا أقدر وما عندي ما أتحمل به ، قال : فمشوا إلى رجل من المسلمين يقال له : النضر بن ميمون ، وكان من تجار الصين ، وكان موسراً ، فأعلموه بقوله ، قال : فأتاه بأربعين ديناراً فقال له : حج بها ، فلم يقبلها منه ، قال : وكان به خاصاً ، فجاءه وائل والمعتمر فقالا له : سبحان الله يا أبا عمرو تعلم حاجة الناس إليك وكنت اعتللت بأنك لا تجد ما تتحمل به، فلما جاءك الله بما تتسع فيه أبيت أن تقبله ، قال: إنه قال لي خذها على أن تحج بها ، ولست أقبلها على شرط ، قال : فأعلموه بما كره من قوله ، فاعتذر وقال : والله ما علمت أنه يكره ذلك ، والآن خذوها أنتم واذهبوا بها إليه ، قال : فأبى أن يقبلها بعد ذلك ، والأصل في هذا كل ما علّق لسبب ، فهو إلى ما علق إليه ، والله أعلم .

فصل

ثم إن الهبة أيضاً تنقسم قسمين : منها ما هي هبة عين ، وهي التي ذكرناها على أنواعها ، ومنها ما هي هبة منفعة ، أما هبة المنافع فمنها مؤجلة وهي تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك . ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له ، وهذه تسمي العمري ، مثل أن يهب لرجل سكناً داره حياته ، وقد اختلف العلماء فيها .

وفي الأثر : قلت : فأخبرني عن العمرى والرقبى والسكنى ، قال ابن عبد العزيز : إن كان معنى الرقبى على معنى العمرى أن يقول : أعمرتك هذه الدار حياتك ، فهي لك عمرى ولك رقبى ولك سكنى ، على أنها لك حياتك ، فقد قال أبو عبيدة : رفع ذلك إلى جابر وإلى ابن عباس ، أنه من عمَّر شيئاً فهو له ولورثته من بعده ، قال ابن عبد العزيز : وكان

فصـــل :

قوله : ومنحة ، أي كمنحة ذات اللبن .

قوله : وكان غيره من الفقهاء ، فيه أن الجمهور على إجازة ذلك عملاً بالحديث ولا عبرة بكلام ابن عبد العزيز وابراهيم هذا كما بينه شراح الحديث لأن الحديث إذا ورد من طريق العدول وجب العمل به ، والله أعلم .

غيره من الفقهاء لا يجيز ذلك ولا يراه للورثة من بعده ، وكان إبراهيم ممن يقول : العمرى إذا مات الذي أعمرها فهي راجعة ، إلا أن يقول : هي لك ولعقبك ، وقول ابراهيم أعدل عندي ، قلت له : أرأيتك تأخذ بقوله في كثير ، وتختار قوله على قول من هو أكبر منه وأفضل عندنا ؟ قال : ومن هو ؟ قلت : أبو عبيدة ، قال : الإنصاف والحق قبول الحق ، ممن جاء به ، والأمر القوي الذي لا دخل فيه ولا خلل ، ليس كغيره ممن يدخل فيه الوهن والضعف ، قلت : وأي قوة أقوى من قول أبي عبيدة وغيره من أصحابنا ، حيث قال : إنه من عمَّر أرضاً فهي له ولعقبه من بعده ؟ قال : وأي قوة في هـــذا ؟ قلت : لأن سبيل العمرى سبيل المواريث ، قال : ليس لك في هذا من القوة شيء ، إلا أن تقول : هكذا قالوا ، فأما القياس فلا تكلم فيه أهله ، فيسخرون منك وتبين لهم ضعف مقالتك ، قلت : فكيف يكون هذا وهْناً وضعفاً ؟ وقد قال رسول الله ﷺ : (من عمَّر شيئاً فهو له ، حياته وبعد مماته)[1] ، قال لي : يا عاجز

قوله : لو اتفق الناس على هـــذا الحديث ، أقول : ليس من شرط العمل بالحديث الاتفاق عليه ، لأن رواية الآحاد توجب العمل، وإن كانت لا توجب العـــلم .

---

(١) رواه الدارقطني .

لو اتفق الناس على هذا الحديث ، لم يجاوزه أحد من الفقهاء بالقياس فيه ولا الرغبة عنه ، لأنه كل ما كان من رسول الله ﷺ لا لأحد ينبغي أن يخالف فيه ، قلت : وأي قوة أعجبك من قول ابراهيم في هذا ، إذا كان ذلك رأياً عنه ، ولم يكن أمراً مجتمعاً عليه ؟ قال : أعجبني أنه يقول: إنما أعطيته للرجل حياته ، ولم أجعلها لعقبه من بعده ، فكيف يكون لهم ما لم أجعل لهم إليه السبيل بعطاء ، وإنما أعطيته على جهة العارية ، والدليل على قولي أنها عارية ، استثنائي أنها لك حياتك ، ولم أجعلها له بعد مماته ، فكيف يكون هذا عدلاً عندك ، ان يجعلها له حياته ، فيموت فلا تنفصم تلك العطية وترجع إلى ورثته بلا إعطاء من صاحبها الذي أعمرها ، ولا هبة ، هذا ما لا يجوز ولا يمكن له أن يكون هذا كما وصفت ، إلا أن يكون فيه أثر عن النبي ﷺ فيلزم الأثر فلا نقيس عليه ، فأما إن كان من الفقهاء ، فالاختيار قول ابراهيم ، قلت : وكذلك الرقبى والسكنى ؟ قال : نعم ، إذا كان معناها معنى العمرى ، قلت : إن هؤلاء يفرقون بينهم فرقاً ولا يجعلون الرقبى والسكنى كالعمرى ،

قوله : لو اتفق الناس على هذا الحديث ، أقول : ليس من شرط العمل بالحديث الاتفاق عليه ، لأن رواية الآحاد توجب العمل ، وإن كانت لا توجب العلم .

قال : ما أراه إلا واحداً ، إلا أن يكون لهم تفسير يصلحونه ويوضحونه على غير معنى العمرى ، والله أعلم .

وفي معنى هذا أيضاً ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : (أيما رجل عمَّر عمرى له ولعقبه ، فإنها للذي يُعطاها أبداً) .

وفي الأثر أيضاً في معنى ما ذكرنا : وإذا قال رجل لرجل : أوصيت لك سكنى هذه الدار حتى أموت ، فليسكنها حتى يمت ثم ترجع إلى ورثة الميت ، وأما رجل قال لرجل : أسكن هذه الدار حتى تموت ، فليسكنها حتى يموت من غير وصية ، ثم ترجع بعد موته إلى صاحبها ، ومنهم من يقول : هي لورثته بعد موته ، وإن قال له : أسكن هذه الدار حتى أموت أنا ، فله سكناها حتى يموت صاحبها ، ثم ترجع إلى ورثته ، وإن مات أيضاً الذي أُذن له قبل موت صاحب الدار ، فلا يجد ورثة المأذون له سكناها حتى يموت صاحبها .

وأما التي تسمى عارية ، فهي جائزة بالسنَّة ، والسبب في ذلك ، أن النبي ﷺ (سأل صفوان بن أمية أن يعيره سلاحه فأبى عليه ، فقال ﷺ : عارية مضمونة مؤداة)[1] ، فاختلف الناس في قول النبي ﷺ

(١) رواه أحمد وابو داود .

مضمونة مؤداة ، قال بعض : ليس في قول النبي ﷺ عارية مضمونة مؤداة ما يجب الضمان ، لأنها أمانة ، وأنه لا يملكها ، وأن عليه أن يرد الأمانة إلى صاحبها ، فسبيلها كسبيل سائر الأمانات ، لا يلزمه فيها إلا الحفظ لها ، وهذا إخبار عن التزامه بحفظها حتى يؤديها ، واستعماله لها بأمر صاحبها ، فإن تلفت بغير تعدٍ لم يكن ضامناً ، وقال آخرون : معنى قوله ﷺ (عارية مضمونة مؤداة) ، أي أنا لها ضامن حتى أؤديها لك ، ولو لم تكن مضمونة بهذا القول كان فيه تغريم لصاحبه ، وقال آخرون - وهو المأخوذ به عند أصحابنا - إن المستعير متى شرط لصاحب العارية ردّها أو شرط عليه ربُّها كان لها ضامناً ، وهذا القول أعدل وأشبه بظاهر السنة ، وإذا لم يشترط ، لم يكن عليه ضمان إلا بالتعدي فيها ، لأنها لم تنتقل عن ملك ربها ، وقال أبو عبد الله محمد بن بركة : وقال أصحابنا : العارية لا تكون مضمونة إلا بالتعدي ، وإن اشترط صاحبها على المستعير ضمانها ضمن ، وقالوا : وإن شرط صاحب الأمانة الضمان على المؤتمن لم يضمن ، وكان شرطه باطل ، فيجب ألا يكون في العارية ضمان ، وإن شرط فيها ، لأن ما أصله غير مضمون يجب أن يكون الشرط لا يوجب ضمانه ، كما أن أصل ما كان مضموناً لا يبطل ضمانه بالشرط ، واختلفوا في المضاربة إذا اشترط ربها على المضارب ضمانها ، فقال أكثرهم:

يصح الشرط ، وليكون المال قرضاً على المضارب والربح له ، وقال بعضهم الشرط باطل والمضاربة بحالها ، وهذا القول أنظر ، لأن المضاربة أمانة في يد المضارب ، وهذا القول أشبه بأصولهم في سقوط الضمان ، لأنها في معنى الأمانة ، والله أعلم .

وكان شريح ممن لا يرى تضمين العارية إذا ضاعت إلا بالتعدي فيها والتضييع لها ، والمحفوظ من لفظه : ليس على المستعير غير الغل ضمان ، ولا على المستودع غير الغل ضمان ، يعني الخائن، والأغلال: الخيانة، في اللغة عن الأصمعي وغيره .

وفي الأثر : وإذا استعار رجل من رجل دابة ليحمل عليها عشر مخاتيم حنطة ، فحمل عليها خمسة عشر مختوماً ، كان ضامناً لثلث قيمة الدَّابة في قول بعض الفقهاء ، وقال بعضهم : هو ضامن لثمن الدابة كلها ، وبه نأخذ ، وذلك لأنه متعدّ ما أمر به ، وإن استعار رجل من رجل دابة ليحمل عليها طعاماً مسمى ، فحمل عليها دون ذلك فعطبت، كان ضامناً في قول بعض الفقهاء ، لأنه خالف ما أمر به ، وقال بعضهم : لا ضمان عليه ، وبه نأخذ ، لأن في خلافه ذلك منفعة للدابة ، والله أعلم .

وإن استعارها ليحمل عليها طعاماً من بلدة سماها إلى بلدة سماها

فجاوز ما سمى ، كان عليه قيمة الدابة ، وليس عليه كراء في قول بعض الفقهاء ، لأنه لا يجتمع عليه عندهم القيمة والكراء ، وقال بعضهم : عليه القيمة والكراء ، وبه نأخذ ، لأن ملك صاحبها لم ينتقل عنها ، والله أعلم.

وإن استعاره إياها على أن يحمل عليها شيئاً مسمى ، فربطها في الدار فأتى رجل أجنبي فحمل عليها ذلك الشيء بعينه فهلكت ، كان المتعدي ضامناً ، لأنه متعدٍ ، فعل بغير أمر مالكها .

وفي الأثر : وإن أرسل رجل رسولاً إلى رجل ليعير له دابة ، ليحمل عليها طعاماً من مكة إلى المدينة ، فقال الرسول للمرسل إليه : فلان أرسلني إليك لتعيره دابّتك ، ليحمل عليها طعاماً من مكة إلى مصر ، فأعاره إياها ثم حمل عليها الرجل إلى المدينة ، لم يكن ضامناً ، وإن حمل عليها طعاماً إلى مصر فهلكت ، كان الرسول ضامناً لها ، ولا ضمان على صاحب الطعام .

وفي الأثر : أبو محمد الكباوي رضي الله عنه قال فيمن استأجر من رجل دابة ومعها ولدها ، فأفسد ولدها في أموال الناس ، أن

قوله : الرجل ، أي المرسل .

الضمان على صاحب الدابة ، وكذلك إن أفسدت الدابة ، وأما العارية فعلى الذي استعارها ، إلا إن قال لصاحب الدابة : رد ولدها فليس عليه شيء ، وقال أبو سهل : عليه الضمان كله ، إلا إن قال له : ردّه ، وأصل المسألة فيما يوجبه النظر ، كل موضع يكون فيه ضامناً للدابة إن هلكت ، كان ضامناً لجنايتها ، وكل موضع لا يضمنها لم يضمن جنايتها ، وهذا إذا كان الهلاك من قِبَلِ غيره ، والله أعلم .

وفي كتاب أبي عبد الله : فمن أعار إنساناً عارية إلى وقت معلوم ، لم يكن له أخذها قبل انقضاء المدة من طريق الديانة ، وعلى صاحبها الوفاء للمستعير بوعده ، قال الله تبارك وتعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾[1] . وقال في موضع آخر : ﴿ لم تقولون ما لا تفعلون ﴾ الآية[2] ، وقال أصحابنا : وعلى الحاكم أن يحكم في ردّ العارية إذا طلبها ، ورجع عن الشرط قبل تمامه ويسمونه منافقاً لخلفه ،

قوله : وأصل المسألة الخ ، هذا يدل على اختيار قول ثالث ، فإن كلاً من المستأجر والمستعير لا ضمان عليهما إلا بالتعدي أو بشرط الضمان ، والله أعلم .

---

(١) المائدة : ١ .
(٢) الصف : ٢ .

والنظر يوجب عندي أن الحاكم يجب أن يحكم على ربها بالوفاء للمستعير لأنه إن حكم بغير ذلك ، حكم بنقض طاعة وإلزام معصية ، ولا يجب للحاكم أن يحكم إلا بما يكون طاعة ، والله أعلم .

والعارية تكون في الأرضين والدور والحيوان والمتاع وجميع ما يعرف بعينه ، إذا كانت منفعة مباحة الاستعمال .

وإن أذن له أن يبني في أرضه بيتاً ويسكن فيه إلى أجل معلوم ، فبنى فيها ، ثم بدا لصاحب الأرض ، فأخرجه قبل تمام الأجل ، فإنه يعطيه عناه وقيمة النقض إن أدخله من خارج ، لأنه لم يتم له شرطه ، والنقض تابع للأرض ، وأما إن لم يخرجه إلا بعد تمام الأجل ، قد ذكر في الأثر قولان : قال بعضهم : عليه أجر عناه : وقال بعض : ليس عليه شيء .

وأما قيمة النقض الذي أدخله فيه ، فإنه لا يدرك قيمته . وأما إن لم يجعل له أجلاً ، فمتى ما أخرجه فله عليه أجر عناه ، وقيمة النقض إن أدخله من خارج ، ففي الأثر أيضاً : وإذا أعار رجل لرجل أرضاً يبني

قوله : والنقض تابع للأرض ، أي فلا يهدم .

فيها ويسكن ، ولم يوقّت له ثم بدا له أن يخرجه ، لم يكن له ذلك حتى يعطي قيمة النقض ، وإذا أعاره إلى وقت ، فليس له أنْ يخرجه إلا إلى ذلك الوقت ، ويقول له : انقض بناءك ، فعلى هذا القول ، أن البناء للمستعير وعليه أن ينقله ، إلا إن اتفقا على ذلك ، وعلى قول الآخرين ، ان البناء للمعير بالشرط ، وهو الأجل المذكور ، والله أعلم .

وأما إن أذن له أن يغرس في أرضه إلى أجل معلوم ، فغرس فيها ودياً ، فإن شرط له أن يأكل إلى أجل ، وتكون الأشجار لصاحب الأرض فهما على اتفاقهما ، وإن لم يتفقا على ذلك في بدء أمرهما ، فإنما تكون الودي لصاحبها وتكون له هناك في تلك الأرض ، وليس عليه نقصان قيمة تلك الأرض ، لأنه إنما غرس بأمر صاحب الأرض .

وأما إن غرس فيها غير الودي مما ليس له عروق ، فمتى ما أخرجه

قوله : قيمة النقض ، أي إذا أدخله من خارج ، كما يؤخذ مما تقدم ، ولم يتكلم على العناء في هذه الصورة ، لعله لعلمه أيضاً مما تقدم .

قوله : فليس له أن يخرجه الخ ، هذا هو المناسب لمـــا خالف فيه أبو محمد أصحابنا .

قوله : و ِ ول له ، يعني بعد تمام الوقت ، وأما قبل ذلك فليس له عليه حكم.

قوله : للمعير ، يعني ولا يدفع شيئاً ، وقيل : يدفع العناء ، والأول أظهر .

فله قيمة ما غرس فيها وله أجر عناه أيضاً ، وهذا إذا أذن له بغير الأجل .

وأما إن أجّل له أجلاً ، فإذا تم الأجل وأخرجه فلا يدرك عليه شيئاً ، وإن أخرجه قبل الأجل ، فله عليه أجر عناه وقيمة ما أدخل فيها من خارج ، والفرق بين الغروس والنقض والودي ، لأن الودي معين لصاحبه لأنه له عروق ، ولذلك يكون لصاحبه إذا أخرجه صاحب الأرض ، والغروس والنقض غير معينة ، لأنها منتقلة عن حالها الأول ، لأنها تسمى بخلاف إسمها الأول، ولذلك هي تابعة للأرض ، والله أعلم .

وإن أذن له أن يجوز الطريق في أرضه ، فجوّزه المأذون له وأراد بعد ذلك أن يمنعه فلا يجد ذلك ، وقد ثبت عليه ، وكذلك النهر والساقية إن جوّز الماء بإذنه وأراد منعه بعد ذلك فليس له ذلك ، وقد ثبت عليه ، لأن هذه منفعة للمأذون له والعين لصاحبها ، أعني الأرض لم تنتقل من ملكه ، وإنما للمأذون له المنفعة فقط ، وكذلك إن أذن له أن يحرث في

قوله : قيمة ما غرس ، يعني بدليل أخذ العناء .

قوله : وإن أخرجه قبل الأجل ، هذا ماش على مـــا عليه الأصحاب رحمهم الله ،من جوّز الإخراج قبل الإخراج .

قوله : فليس له ذلك ، أي إذا لم يوقت .

أرضه فحرث ، فلا يمنعه بعد ذلك حتى يحصد زرعه ، ولا يحل له منعه ، لأن ذلك منه ضرر قبل أن يحصد زرعه ، والضرر لا يحل ، وليس على المأذون له سبيل ، وإنما يجوز له المنع إذا لم يكن منه ضرر على المأذون له ، وذلك في كل منفعة لا تمنع ملك العين لصاحبها ، وذلك أن يرتفقا به جميعاً ، مثل ما ذكرنا في الطريق والساقية ، وكذلك إذا كانت المنفعة إلى غاية ، مثل ما ذكرنا في الحرث ، وكذلك إن استعار من عنده دابة ليحمل عليها متاعه أو ثوباً ليلبسه أو زقّ زيت ليحمل فيه زيته ، ثم بدا لصاحب الشيء في شيئه ، فإنـــه يأخذ شيئه ، إن لم يدخل الضرر على المستعير ، مثل أن يلقاه في الصحراء وليس عنده ما يرفع عليه متاعه ، وليس عنده ثوب يستره غير ثوبه ذلك، وليس عنده ما يحمل فيه زيته فإنه لا يدرك عليه شيئه حتى يصيب أين يجعل زيته وما يحمل عليه متاعه أو ثوباً يستره ولا يلجئه إلى ضرر ، والضرر لا يحل ، لأنه غير متعدّ .

وأما إن سرق له ثوبه فوجده قد لبسه ، فإنه ينزعه ويتركه عرياناً ولو كان ذلك في وسط الناس ، وكذلك زقه وخابيته إذا وجده قد جعل فيه زيته أو لبنه فإنه يهريق له ذلك ، ويأخذ متاعه .

قوله : أن يرتفقا ، أي أن ينتفعا والله أعلم .

وأما إن باع السارق تلك الثوب أو الخابيـــة لرجل آخر على وجه الحلال ، فوجدهم صاحبهم عند المشتري ، فإنه لا ينزعهم له، ولـكنه يتركه يلبس الثوب ويحمل زيته حتي يجد ما يلبس وما يضع فيه زيتـه أو لبنه ويجتهد في ذلك ، ولـكن يـكون عليه عناء ما استعمل بعدما وجدهم صاحبهم، والله أعلم .

وفي الأثر : وعن قوم طلبوا رجـلاً يأذن لهم أن يبنوا قصراً في موضع له، فأذن لهم فيه، ثم بنوا قليلاً فمنعهم ، فهل يرفعون ؟ قال الشيخ: إن بنوا مقدار البيوت ، بنوا ما شاءوا في العلو ولا يشتغلون بنهيه، وإن لم يبنوا مقدار البيوت فليتركوا ، وقال أبو الربيع : إذا بنوا شيئاً أو بنوا من بعضه ، فإنهم يبنون مـــا أرادوا ، وهذا إذا كان النقض من خارج ، وأما إذا كان من داخل ، ولو أتموه كله ، فإنه يخرجهم ويعطيهم عناءهم وقيمة مـــا أدخلوه من خارج في قول أبي الربيع رحمه الله ، والله أعلم .

قد كمل كتاب الهبة بحمد الله وحسن عونه .

كتاب الوصايا

باب في الوصايا

والوصية للأقرب واجبة على كل إنسان بالـغ صحيح العقل ، إذا كان له مال يوصي به ، والدليل على وجوب ذلك ، قول الله عز وجل : ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين ﴾[1] ، والخير ها هنا المال ، فلما بيَّن الله في سورة النساء ميراث الوالدين ، فكانت وصيتهما منسوخة وثبتت وصية الأقربين على حالها ، ومن مات ولم يوص فقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : (من مات ولم يوص فقد ختم عمله بمعصية)[2] ، ففي الأثر : ولا يقال ، ختم عمله بمعصية إلا من مات

(١) البقرة : ١٨٠ .
(٢) رواه احمد .

على كبيرة .

وفي الأثر عن أبي المؤثر : إذا ترك الميت مالاً أكثر ما يقول المسلمون أن الوصية فيه واجبة ، ثم لم يوص لقرابته عمداً ، فأهون ما أفعل معه ، ألاّ أتولاّه ، وإنما قيل : الوصية للأقرب فريضة ، لأنه لا يوصل إلى إنفاذها إلا بعد موته ، وإن أعطاها وهو حي فلا تجزئه ، وأما غير ذلك من التباعات ، فإنه يمكنه الانتصال منها في حياته ، حتى لا يحتاج إلى أن يوصي بها ، فإن لم يفعل جعلوا له مخرجاً أن يوصي بها فيبرأ إذا أنفذها الوصي أو الوارث بعده ، فإن لم يفعل الوصي أو الوارث أو غيرهما ممن ينفذ ذلك عنه ، فيكون ذلك ديناً عليه ولا يحكم عليه بالعصيان ، مثل من لم يوص بها ، وإثم ذلك على الذين يبدّلونه لقوله عز وجل : ﴿ فمن بدّله بعدما سمعه ، فإنما إثمه على الذين يبدّلونه ﴾[1] ، ولا يتوجه قوله بعدما سمعه ، إلا إلى المبدلين ، لا إلى المؤمنين المجتهدين ،

باب في الوصايا

قوله : ثم لم يوص ، الظاهر أنه معطوف على قوله : ترك ، وجملة قوله : أكثر ، الظاهر أنها صفة مال ، والله أعلم .

---

(١) البقرة : ١٨٤ .

وكذلك قوله : ﴿ فإنما إثمه على الذين يبدّلونه ﴾ وإنما من حروف الحصر عند أهل اللسان .

وروي أنه قال عليه السلام : (ما يحق لامرىء يؤمن بالله وباليوم الآخر أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه)[1] ، فعلى الناس امتثال ما أصابوه مكتوباً عند رأسه ، ولو لم يكن هذا نافعاً لما نوّه رسول الله ﷺ به ، ودلّ عليه وأوجبه .

وهذه الحقوق التي تجب عليه الوصية بها ، ويكون هالكاً إذا ترك الوصية بها ، مثل إذا ترك الوصية بالزكاة إذا وجبت عليه أو الحج إذا وجب عليه أو جميع ما كان عليه من أموال الناس بالتعدي .

وأما المعاملات والأمانات ، فإذا كانت الشهادة عليها فلا يحكم عليه بالعصيان إن لم يوص بها ، وأما إن لم تكن عليه الشهادة ، ولم يعلم بها ففيها اختلاف ، منهم من يقول : يهلك بذلك ، ومنهم من يقول : لا يحكم عليه بالهلاك وأمره إلى الله ، ومن قال : بهلاكه لأن ترك الوصية عنده عمداً بمنزلة الجحود لما عليه ، والجاحد لما عليه كافر ، وكذلك من ادّعى ما ليس له ، لقوله عليه السلام : (المدعي ما ليس له ، والمنكر لما

(١) رواه البيهقي والترمذي .

عليه كافران)[1] ، وعلى قول الآخرين : لا يهلك ما لم يجحدها ، لأنه إنما أخذها بطيبة نفس أربابها فلا يهلك ما لم يجحدها ، ويدل على ذلك أيضاً أن أرباب الأموال يدركونها على الورثة ، ولو لم يوص بها إذا كانت لها بيّنة ، والوجه الأول لا يلزم الورثة إذا لم يوص بها .

وأما الحقوق التي بينه وبين الله ، من المغلظات والكفارات والعتق والأموال التي لا تنسب لأحد من الناس ، من وجوه الأجر كلها والمسكنة ، إن لم يتنصل من ذلك في حياته حتى مات ولم يوص بها فقد عصى ربه ، وقيل : إن أمره إلى الله إذا ترك الوصية بمثل هذا كله فلا يحكم عليه بالعصيان ، والله أعلم .

ولا يسعه نسيان الوصية للأقرب ، ولا نسيان الوصية بالحج والزكاة عند بعضهم ، لأن ذلك تضييع منه ، وكذلك نسيان التعدي وجميع المعاملات عند بعضهم ، لأنه ركب ما هو محظور عليه ، ثم سوّف التوبة حتى نسي ، فقال الله تعالى : ﴿ ثم يتوبون من قريب ، فأُولئك يتوب الله عليهم ﴾[2] ، وفي كتاب الضياء : مسألة ، وقلتم إنكم وجدتم في

---

(١) تقدم ذكره .
(٢) النساء : ١٧ .

الأثر فيمن توانى بالتوبة حتى نسي ، وكان يلزمه في ذلك الذنب حق لله أو للعباد يجب عليه قضاؤه ، ثم تاب واستغفر في الجملة أنه غير معذور ، لأنه ركب ما كان محظوراً عليه ، ثم سوّف التوبة حتى نسي ، قال الله تعالى: ﴿ ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون ﴾[1]،فإنما ذمهمّ بالإصرار مع العلم لا النسيان ، لأنه قال : ﴿ لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ﴾ ، وقال النبي ﷺ : (رفع عن أُمتي الخطأ والنسيان)[2]، وإني أرجو أني سمعت محمد بن الحسن النزوي يقول : أحب أن أنسي ذنوبي ، وكان فقيهاً زاهداً ، وأرجو أن الشيخ كان يقول : إن التائب من جميع ذنوبه وعليه ذنب لا يعرفه أنه أذنبه حتى يعلم أن عليه ذنباً لا يتوب منه ، قال الله تعالى في التوبة : ﴿ ثم يتوبون من قريب ﴾ ، قيل قريب ، قبل أن ينزل بأحدهم الموت قال : إني تبت الآن ، وقال ﷺ في قوله تعالى : ﴿ حتى إذا حضر أحدهم الموت، قـــال : إني تبت الآن ﴾ ، (إن الله يقبـل توبة عبده ، مـا لم يغرغر بالموت)[3] ، فكل تائب

قوله : حتى يعلم ، لعله لا يؤاخذ أو يعفو عنه ، أو نحو ذلك .

---

(١) آل عمران : ١٣٥ .
(٢) تقدم ذكره .
(٣) رواه ابن ماجه والدارقطني .

مقبولة توبته منه فيما علمه وما لم يعلمه إذا تاب من كل ذنب ، وكان ذلك اعتقاده ، لأنه إن علم بذلك خرج منه ، ألا ترى إلى قولهم في المحرِم إذا قال : أستغفر الله من جميع ذنوبي أجزأه ، والمستحل حتى يتوب من جميع ذنوبه التي يعلمها بعينها ، ولو كان من نسي من ذنوبه ، ثم تاب كان غير معذور ، وكل هذا لا يخرج طبع ابن آدم منه ولم يسلم أحد منه ، إلا من شاء الله ، لأن الناس يركبون الذنوب وينسون ذلك ، قال الله تعالى: ﴿ ولقد عهدنا إلى آدم من قبل ، فنسي ولم نجد له عزماً ﴾ ، [1] فالعبيد على طبع أبيهم في النسيان ، إلا أن العبد لا يؤمر بترك التوبة والتسويف حتى ينسى ، بل عليه التوبة في كل حال وفي كل وقت ، فإن أصرَّ ، هلك قال الله تعالى : ﴿ ولم يصرُّوا على ما فعلوا وهم يعلمون ﴾ ، والله أعلم .

وسواء في هذا ، ما وجب عليه بفعله أو وجب عليه بفعل غيره ، مثل الوارث إذا وجب عليه شيء من ذلك ، فأوصى به أن ينفذ أو وجب عليه بالخلافة على وصية غيره أو بالوكالة، سواء في هذا الوارث

قوله : معذور ، ولكن الظاهر أن الجواب محذوف ، مدلول عليه بالكلام السابق ، تقديره مثلاً ، لم يصح قولهم في المحرِم إذ قال : والله أعلم .

---

(١) سورة طه : ١١٥ .

وغيره ، إذا انتهى إليه وجوب ذلك بعد موت الموصى به والموكل له ، فيكون بمنزلته في إنفاذ جميع ذلك في حياته ، والوصية به إذا حضره الموت ، ومن ترك الوصية به بالعمد أو بالنسيان على ما ذكرنا في الأول نسقاً بنسق ، والله أعلم .

ولا يجزىء عن الميت ما يردّه الأقرب عن الأجنبي لوصية الأقرب، ولا ما يأخذه من الوصايا التي ترجع إلى الأقرب ، إذا لم يعرف لها مذهباً ، إذا لم يخصه بوصية ، وذلك أن وصية الأقرب فريضة ، ولا يصحُّ أداء الفرض إلا بقصد إليه ، وقال بعضهم : بل يجزىء عليه فيما ذكرنا في الوجهين جميعاً ، وينقذه ذلك من الهلاك ، ولا يكون بمنزلة من لم يوص به ، فعلى قولهم هذا ، أن الفرض يصح بغير نية ، والقول الأول أصح لقوله عليه السلام : (إنما الأعمال بالنيات) ، وكذلك إن أوصى لبعض أقاربه دون بعض ، فلا يجزئه ذلك لقوله عز وجل : ﴿ والأقربين ﴾ ، وقيل فيه : بأنه لا يكون مثل من لم يوص به ، وكذلك أيضاً إن قصده بالوصية على أنه ليس بالأقرب ، فصح أنه الأقرب، أو قصده ولم يعلم أنه أقرب أو غير أقرب فهو على هذا المعنى ، والذي يجب عليه أن يقصد بوصيته قرابته هكذا لأنه فرض ، والفرض لا يصح إلا بالقصد .

وفي الأثر : وقد اتفق علماؤنا رحمهم الله في أنّ من قال : قد

أوصيت لقرابتي ، أنها وصية صحيحة،وإذا قال: للأقربين، فعند بعضهم أنها ضعيفة .

وفي الأثر : وإنما يوصي الموصي للأقربين هكذا ، ويطلق الوصية عليهم ويأخذها الأقرب الذي كان قريباً عند موت الميت ، سواء كان في ذلك من كان قريباً في حين الوصية ، ومن حدث بعد ذلك .

وإنما قلنا : يوصي الأقرب ، هكذا لئلا يوصي لرجل معروف ويقصده بالوصية وهو يظن أنه أقربي له ، فإذا هو ليس بأقربه وغيره هو الأقرب ، أو يموت ذلك الرجل فيصير أقربه غيره ، فعليه أن يستأنف الوصية للأقرب إذا مات الأقرب الأول الذي قصده بالوصية أو ارتد أو حدث من هو أقربي دونه .

وإن مات ولم يعلم شيئاً من هذا ولم يتعمد لتبديل الوصية ، فعسى أن لا يكون عليه بأس ، وكذلك إن أوصى بجميع ما يجب عليه أن يوصي به من انتصال أموال الناس أو الاحتياط أو الكفارات وجميع ما عليه ، إذا أوصى بذلك للاقرب ، أو أوصى أن ينفذ ذلك على الأقرب فلا تجزئه تلك الوصية للاقرب لأنها فريضتان، وإن أوصى للاقرب بشيء معلوم فإذا هو ليس فيه شيء ، أو أوصى بشيء معلوم فتلف ولم يعلم بهذا

كله حتى مات أو ما أشبه هذا ، فليس عليه شيء لقوله عليه السلام : (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما لم يستطيعوا ، وما أكرهوا عليه) ، وتجب عليه الوصية للاقرب سواء كان الأقرب غنياً أو فقيراً ، لأن وصية الأقرب كالميراث ، وهذا إذا كان له مال ، فإن لم يكن له مال فلا تجب عليه وصية الأقرب إلا من باب الاحتياط ، عسى أن يكون له مال من حيث لا يعلم ، والدليل على هذا قوله تعالى : ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية ﴾ [1] ، والخير ها هنا المال ، وكذلك إن لم يعلم لنفسه قريباً فليوص ، فلعله يكون من حيث لا يعلم ، وليس مضيقاً عليه كما تضيق عند من له قريب معروف .

وأما ما عليه من التبعات ، فعليه أن يوصي بها ، سواء كان له مال أو لم يكن ، لأن الوصية توبة ، والتوبة واجبة عليه على كل حال ، والله أعلم .

وإذا أراد الرجل أن يكتب وصيته فليقل : هذا ما أوصى به فلان ابن فلان الفلاني في صحة من عقله وجواز من أمره : أوصى وهو ممن يشهد أن لا إلـه إلا الله وحده لا شريك له ، وأن محمداً عبده ورسوله ،

---

(١) تقدم ذكرها ، البقرة : ١٨٠ .

وما جاء به محمد ﷺ هو الحق من عند الله وأوصي بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وبرّ الوالدين أبراراً كانا أو فجاراً ، وصلة الرحم ، وحق الجار ،وما ملكت اليمين، والقيام بالحق،وأن يطاع الله ولا يعصى، وأن يذكر ولا ينسى ، ثم يوصي للاقرب وما عليه من تبعات الناس وما يجب عليه فيما بينه وبين الله ، مثل الزكاة والحج والعتق والكفارات وما أشبه ذلك ، ثم يوصي بما أراد أن يوصي به ولاحتياط ما عليه مما لم يتيقن به .

وإن أراد أن يوصي بعد ذلك للتطوع فيما دون ثلث ماله فليفعل وليكتب اسم الخليفة والشهود ويحث عليه ويجعلها في يد أمين وحيث لا يخاف تلفها ، وإن مات هذا الوصي فليبدءوا من ماله بالكفن ثم الديون ثم الوصية ثم الميراث ، وإن مات ولم يوص فليس على الورثة شيء إلا ما علموا به من تباعات الناس ، فعليهم أن يعطوها لأربابها والباقي فليأكله الورثة هنيئاً مريئاً ، فليس عليهم منه شيء إلا إن كان مورثهم يدين بالوصية وهو من أهل الصلاح ، ثم فاجأه الموت قبل أن يوصي ينبغي لهم أن ينفقوا عليه شيئاً من ماله .

قوله : فيما دون ثلث ماله الخ، فيه إشارة إلى أن ما تقدم يخرج من رأس المال وقد ذكر في أول كتاب الزكاة في ذلك قولين .

وفي الأثر : وعن بعض علمائنـا رحمهم الله ، أن إمرأته ماتت ولم توص فقسم لها وصية ، فسئل ، فقال : إنها كانت تدين بها قبل هذا ؟

وفي الأثر أيضاً مثل هذا عن جابر بن زيد عن عائشة أنها قالت: (جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله إن أمي أفلتت نفسها، وأراها لو تكلمت تصدقت ، أفأتصدق عنها ؟ فقال له رسول الله ﷺ : تصدَّق عنها)[1] ، فدل هذا من قولهم أن الذي يدين بالتوبة تائب وينفعه ذلك ، والله أعلم .

فإذا ثبت فرض الوصية كما ذكرنا فإنا نبتدىء إن شاء الله بالموصي، أعني من تجوز وصيته وما يتعلق به من المسائل ، ثم بالموصى به ، أعني معرفة الشيء الذي تجوز فيه الوصية ثم بالموصى له ، أعني من تجوز له الوصية ومن لا تجوز ، وأنواع الوصية بأحكامها إن شاء الله .

قوله . أفلتت نفسها ، أي افلتت فجأة .

قوله : تجوز فيه الوصية ، في نسخة تصح .

---

(١) رواه البيهقي وابو داود .

باب من تجوز وصيته ومن لا تجوز

فقد اتفقوا أنه تجوز وصية كل بالغ صحيح العقل ، ذكراً كان أو أنثى ، موحّداً كان أو مشركاً، لأن أصل الوصية الهبة ، فكل من تصح هبته ، تصح الوصية منه، ولا تجوز وصية العبد إلا بإذن سيده ، لأنه لا يملك شيئاً وهو مملوك لسيده، فلا تصح إلاّ بإذن سيده، ووصية الطفل أو المجنون لا تجوز كما لا تجوز أفعالهم ، وقيل في وصية المراهق أنها جائزة ، وأما السكران إن لم يكن معه شيء من عقله فلا تجوز وصيته ، وإن كان معه عقله فوصيته جائزة ، وتجوز وصية من ذكرنا جوازها منه صحيحاً أو مريضاً ، واختلفوا فيما سواها من الأفعال للمريض .

وفي الأثر : وقد قالوا : لا يجوز من أفعال المريض غير ما قال الله في كتابه : ﴿ من بعد وصيةٍ يوصى بها أو دين ﴾ [1] ، يقول بالدّين في

(١) تقدم ذكرها .

قول من قال : فعند هؤلاء أن المريض كالمحجور عليه ، ما له إلا فيما قال الله في الوصية والدين : واستدلوا أيضاً بقول أبي بكر رضي الله عنه حين حضرته الوفاة لعائشة وقد وهب لها جذاد عشرين وسقا تمراً فلم تقبضه حتى حضرته الوفاة ، فقال لها : إنك لم تقبضيه وهو اليوم مال الورثة ، فدلَّ ذلك أن فعل المريض ليس جوازه كجواز الصحيح في البيع وغيره .

وفي رواية ، أن أبا بكر الصديق قال لعائشة: بنيّتي ، وددت لو أنك قبضتيه وهو اليوم مال الوارث .

فإن باع أو وهب فعلى الورثة أن يتمُّوا ذلك إن شاءوا أو ينقضوه ويعطوا ثمن المال الذي باعه إن كان قبض الثمن ، أو قيمة المال الذي قضاه بحق عليه لمن قضاه إياه .

وقال بعضهم : كل ما أخرجه المريض من مالٍ بغير عوض ، مثل هبته وإباحته وتبرئته من التباعات التي تكون له على الناس وما تصدق به إذا مات في مرضه الذي مات فيه ، فذلك كله من الثلث بمنزلة الوصية ، وقياساً عليها ، ويعضد ذلك قوله عليه السلام : (جعل الله لكم ثلث

أموالكم زيادة في أعمالكم)[1] ، فجائز تصرُّفه فيما جعله الله له ، وهذا لغير الوارث.

وأما الوارث فلا يجوز له من ذلك شيء ، لأنه لا وصية لوارث إلا إن برىء من مرضه فيجوز جميع أفعاله في مرضه لوارث كان أو لغيره ، لأن ما كان عندهم ضعيفاً بالمرض كان قوياً بالصحة .

ومنهم من يقول : إن أعطى جميع ماله في مرضه لأجنبي، فبرىء من مرضه فإنه يرد من مالهمثل ما ترد الورثة والأقربون، وإن أعطى للاقرب فإنه يرد منه الثلثين ، وإن أعطاه لوارث فإنه يرده كله ، فعلى هذا القول أنه لا يجوز له من ذلك إلا ما يجوز له بعد موته .

وفي الأثر : وما تحمَّل به المريض في مرضه فهو من الكل ، ومنهم من يقول : هو من الثلث ، لأن هذا معروف ، ومعروف المريض من الثلث ، وإن تحمل على الوارث أو تحمل للوارث فذلك جائز ومنهم من يقول : إن تحمل للوارث فجائز ، وإن تحمل على الوارث فلا يجوز،ومنهم

قوله : وما تحمل به المريض ، بدليل آخر الكلام .

---

(١) رواه النسائي وابو داود والترمذي .

من يقول : لا يجوز في الوجهين جميعاً ، والأصل في هذه المسألة : هل هي بمنزلة الوصية أم لا ؟ والذي يوجبه النظر عندي أن حمالة المريض ليست بمنزلة الوصية ، لأنها تتضمن العوض ، أعني يدرك على المتحمل عليه ما أعطى للمتحمل له ، والله أعلم .

وفي الأثر : وإن أذن لمن يستنفع من ماله في مرضه ، فذلك جائز وما أنفذ في مرضه من وصاياه وما أعطى على نفسه للفقراء ، وما ذهب من ماله كله لأمر آخرته فهو جائز ولا ينظر فيه إلى الثلث ، وهذا القول يدل من قائله أن ذلك جائز ، لأنه غير متهم في ذلك على الورثة ، لأنه أذهبه في موضع لا يتهم فيه ، ألا ترى أنه أذهبه في وجه لا يفهم منه أنه يريد بذلك عوضاً ، والله أعلم .

وأما بيع المريض إذا باع بالقيمة أو اشترى فجائز .

وكذلك ما قضى به المريض دينه الذي عليه ، أو ما قضى به في دينه فجائز ، إلا إن باع أو اشترى بالاسترخاص أو الاستغلاء فكل ما باع بالاسترخاص أو اشترى بالاستغلاء ثم مات ، فإن كان للوارث فلا يجوز ، وإن كان لغير وارث فجائز له ذلك ما دون الثلث ، لأن ذلك وصية من الميت ، ويرد الورثة من ذلك ما فوق الثلث ، فإن كان ذلك مما يكال أو

يوزن ، فيردوه بالكيل أو الوزن ، وإن كان ذلك مما لا يكال ولا يوزن فليردوا قيمته ، وإن كان أصلاً فليردوه بالتسمية ، وإن ذهب ذلك من يد المشتري أو البائع فهو ضامن لما هو أكثر من الثلث .

ومنهم من يقول : إنما يرد منهم الورثه القيمة في ذلك كله، ذهب من أيديهم أو لم يذهب ، وقال بعضهم : بالفرق أيضاً في ذلك ، أعني أن للوارث ما يقابل ماله ويرد البقية على الورثه،والأقارب والأجانب يردون بالقيمة فيما زاد من الثلث ، وهذا في الأصل ، وقيمة الأصل عنده ، ومنهم من يقول : إذا باع المريض جاز بيعه ، استرخص فيه أو استغلى بالشراء لوارث أو غير وارث ، فلعل هؤلاء لم يراعوا الغبن المنهي عنه ، والله أعلم .

والمريض الذي يلزم أن تكون أفعاله من الثلث ، هو كل مريض لزم الفراش ويزوره الناس ، ورجعت حوائجه إلى الناس من الدخول والخروج بنفسه ، ولم يقدر عليها ، وكذلك الأحوال المخوفة منه الموت سواء مثل الحامل إذا ضربها الطلق للولادة ، أو المحدود إذا مسه ألم

قوله : ويرد البقية على الورثة ،في نسخة على الورثة بالقيمة ، وهي الصحيحة .
قوله : وقيمة الأصل عنده في نسخة ، وعليه القيمة عنده، وهي الصحيحة .
قوله : القيمة ، يعني ولا يرد بالتسمية .

الضرب، والغازي إذا تراءت الجيوش ، وراكب السفينة إذا دخلها الإنعطاب والانكسار ، والذي لزمه القتل إذا حضر أمر القتل والقود ، وبالجملة كل أمر يخاف منه الموت ، ومن العلماء من يقول : في الحبلى إذا تبين حملها فأفعالها من الثلث ، أو دخلت شهرها في قول بعضهم .

وكذلك صاحب السفينة في قول بعضهم : من حين دخل البحر أفعاله من الثلث .

وكذلك المجروح الذي جرح الجراحات ، التي يتوهم منها الموت أفعاله من الثلث .

وكذلك من طرده ، من أراد قتله أو العطشان أو الجائع أو الذي غلب عليه البرد إذا بلغ الحد الذي يخاف منه التلف على نفسه ، أفعاله من الثلث .

وكذلك من حمل السيل أو السبع أو المتردي من الجبل أو من وقع في البئر أو أحاط به الحريق ، أفعاله من الثلث .

وبالجملة كل أمر يخاف منه الموت ، والله أعلم .

وأما الأمراض المزمنة ، مثل صاحب الفالج والمقعد والشيخ الهرم، فأفعالهم من الكل مادامت عقولهم صحيحة ، وكذلك المبطون والمجذوم إذا انعقدت عللهما .

باب ما تجوز به الوصية

أعني النظر الى جنس الموصى به وقدره

أما جنسه ، فإنهم اتفقوا على جواز الوصية برقاب الأموال، واختلفوا في المنافع ورقاب الأموال على وجهين : معلوم ومجهول ، فالمعلوم منها على وجهين : معيَّن وغير معين ، فالمعين مثل أن يوصي بفدان معروف من ماله أن يخرج منه كذا وكذا ، لشيء يسميه لوصيته، أو أوصى أن يتصدق عليه ، ذلك الشيء بعينه إذا كان يكال أو يوزن أو بثمنه في غير المكيل والموزون ، ومثل ذلك الدار والدَّابة والثوب وما أشبه ذلك من كل شيء معين مقصود إليه ، وهو أيضاً على وجهين : معلوم بالمشاهدة ومعلوم بالصفة ، وهو أن يكون في وقت الوصية غائباً ، لكنه موجود، وغير المعيَّن أن يوصي بكذا أو كذا درهماً أو ديناراً أو بشيء معروف

قوله : وثمنه في غير المكيل والموزون ، يعني إذا لم يكن الموصي بذلك معيناً .

ما يكال أو يوزن إذا أوصى بهذا كله أن يخرج من ماله ، أو من شيء مسمى من ماله بعد موته ، لشيء يسميه من وصيته فهو جائز ، وكذلك جميع ما كان له من الديون في ذمة الغير على هذا الحال ، سواء في هذا الذي ذكرنا من المقصود ، الشيء كله أو تسمية منه .

والمجهول ، ما ليس بمقصود إليه بالمشاهدة ولا بصفة معلومة، ولكن ما يقع عليه اسم ذلك الشيء هكذا .

وهو أيضاً على وجهين : منفصل ومتصل ، فالمنفصل مثل أن يوصي بشاة من غنمه أو بقرة من بقره أو جمل من جماله ، ومن المتاع مثل ثوب من ثيابه أو قميص من قمصه أو سيف من سيوفه ، ومن الأصول مثل نخلة من نخله أو زيتونة من زياتينه ، ومثل قصعة وقُلّة وغيرهما من الأواني ، ومن النقض مثل حجرة وخشبة وباب وسلسلة ، ومن الحب مثل القمح والشعير ، وسواء في هذا الشيء كله أو تسمية منه .

قال بعض : يأخذ من ذلك الأوسط ، وقال بعض : يأخذ ما لا عيب فيه من ذلك ، وقال بعض : يأخذ من ذلك ما يقع عليه الاسم .

قوله : مثل القمح ، أي كله أو كيل منه .

فإن قال قائل : فكيف تصح الوصية بشيء مجهول والوصية واجبة، ولا يصح الواجب إلا معلوماً محدوداً ؟

قيل له : التحديد قد وقع وهو ثلث المال ، فجعل له التخيير فيما حدّ ، وله أن يوصي به ، وله أن يوصي ببعضه .

والواجب أن يكون على وجوه ، فمنه ما يخير فيه المأمور ويطالب باستحقاق الاسم ، فإذا استحق الاسم خرج من العبادة ، ومنه ما يكون معيناً ، ولذلك جاز ما ذكرنا في الوصية .

وأما المتصل مثل أن يوصى له برأس هذه الشاة أو رِجلها أو بجلدها فلا تجوز ، لأنها مجهولة غير منفصلة ، والله أعلم .

وأما الوصية بالمنافع ، فقد اختلفوا فيها كما ذكرنا ، فمن أجازها ذهب بها إلى معنى الأموال ، ومن لم يجوّزها فلأنها معدومة، ولا تصح الوصية في شيء معدوم غير متملّك ، أصل ذلك إذا أوصى بمال الغير ، وعند الآخرين تجوز الوصية بالمعدوم بشرط وجوده ، والمنافع التي ذكرنا مثل غلة الأشجار وسكنى الدار وخدمة العبيد والدواب والغروس والبناء في الأرضين .

وفي الأثر : وإذا أوصى رجل لرجل بثمار فدانه عشر سنين أو

سكنى داره عشر سنين فمات ، فليس في ذلك ما يحكمه الحاكم، وعلى الورثة أن يوصلوا ذلك فيما بينهم وبين الله ، إذا وسعه الثلث فله ما ذكرنا من السكنى أو الخدمة وأكل الثمار في العشر سنين التي تلي موت الميت ، وإن لم يكن في ذلك الفدان ثمار في العشر سنين التي تلي موت الميت أو في بعضها ، فليس له بعد العشرة شيء .

وكذلك إن ترك خدمة العبد أو سكنى الدار أيضاً أو أخذوا منه أو منعوا منه بغير سبب الورثة ، فليس له فيما بعد العشر سنين التي تلي موت الميت شيء ، وفيها قول آخر : إذا لم يسمِ الميت تلك السنين التي تلي موته ، وإن سماها فليس له بعدها شيء ، بلا خلاف احفظه فيها ، وأما إن منعه الورثة ما ذكرنا في العشر سنين التي تلي موت الميت ، فهي له في عشر أخرى بعد ذلك ، وانظر في الثمار لأنها عليهم دَين ، والله أعلم .

وإن أوصى بما ذكرنا من المنافع بغير أجل ، فقد ذكر فيه الاختلاف بينهم .

وفي الأثر : وإن أوصى رجل بسكنى هذه الدار أو البيت أو جميع

قوله : وانظر في الثمار ، يعني هذا في خدمة العبيد وسكنى الدور ونحو ذلك مما ليس فيه ثمار .

ما يسكن ، سمّى الأجل أو لم يسمِ فذلك لا يجوز ، ومنهم من يقول : إذا سمى إلى أجل معلوم ، جائز له ذلك فيما دون الثلث، وسواء في ذلك إن أوصى له بسكنى هذه الدار سنة هكذا أو هذه السنة أو إلى كذا من السنين .

وأما إن لم يجعل له أجلاً فلا يجوز من ذلك شيء ، ومنهم من يقول: جازت الوصية بالسكنى،أجّل في ذلك أو لم يؤجل ، وإنما ينظر فيذلك إلى ثلث المال حتى يستوفيهـــا الموصى له بالسكنى ، وبالثلث ينزل مع الوصايا إذا كانت معه ، وكذلك إذا سمى أجلاً وأحاطت السكنى بالمال فلا يجب أكثر من الثلث ، وبالثلث ينزل مع الوصايا ، وكذلك غلات الأشجار والأرض وخدمة العبيد وغلاتهم وذمّتهم ، وذمة العبد مـا أعطي لهوما أُوصي له به، ونمو الحيوانات وغلاَّتهم على ما فسرنا في مسألة السكنى لا يزيد ولا ينقص ، والله أعلم .

وأما القدر ، فإن العلماء اتفقوا على ألاّ تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثته، واختلفوا فيما دون الثلث ، قال بعضهم : بالربع ، وآخرون بالخمس ، والمأخوذ به الثلث كما ذكرنا ، لقوله عليه السلام :

(جعل الله لكم ثلث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم)[١] ، والأصل في هذا ما روي عن جابر بن زيد قال : بلغني عن سعد بن أبي وقّاص ، قال : (قد جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي ، فقلت : يا رسول الله، قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا ترثني إلا بنيَّة ، أفأتصدق بثلثي مالي ، قال : فقال : لا ، فقلت : فبالشطر ، قال : لا ، ثم قال لي : الثلث والثلث كثير ، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خيرٌ من أن تذرهم عالة يتكففون الناس)[٢]، فصار الناس لمكان هذا الحديث إلى أن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث ، إلا بإذن الورثة ، واختلفوا فيما دون الثلث كما ذكرنا لقوله عليه السلام : (والثلث كثير) ، وفي هذا الحديث أيضاً دليل على جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له . لقوله عليه السلام : (إنك أن تذر ورثتك أغنياء خيرٌ لك من أن تذرهم عالة يتكففون الناس) .

وفي الأثر : ما جاوز من الوصية ثلث المال فهو مردود إلى الورثة ،

قوله : ففي ذلك اختلاف الخ ، في كتب قومنا : ان الجمهور على أنهم لا تلزمهم الإجازة ، فيجوز لهم الرجوع قبل الموت ، وفصّل المالكية فألحقوا مرض الموت بما بعد الموت فمنعوا فيه الرجوع .

---

(١) تقدم ذكره .

(٢) رواه النسائي بلفظ آخر .

إلا أن يجوّزوا ذلك لمورثهم ، فإن أجازوه قبل موت مورثهم وأرادوا ردّه بعد موته ، ففي ذلك اختلاف بين الفقهاء ، فبعضهم يقول : ليس لهم أن يردُّوها إلى الثلث وقد لزمتهم إجازتها لمورثهم في حياته .

وقال آخرون : إجازتهم له في حياته كَلاَ إجازة ، فليس يملكون في حياته ما يجيزون ولا ما ينكرونه ويردُّونه إلى الثلث بعد موته .

وأما إن أجازوه بعد موته فلا يردوه إلى الثلث بعد الإجـــازة ، والله أعلم .

باب من تجوز له الوصية
ومن لا تجـــوز

وتجوز الوصية لجميع الناس من أهل التوحيد ، إلا الوارث وعبده والقاتل وعبده .

وأما الوارث لا تجوز له الوصية ، لقوله عليه السلام : (لا وصية لوارث)[1] .

وفي الأثر : قلت : أرأيت الوالدين إذا لم يكونا من أهل الميراث ، أتجوز لهم الوصية ؟ قال : لا ، وقد قيل : بجوازها لهما إذا لم يكونا من أهل الميراث ، وهذا الإختلاف منهم يدل على أن سبب الخلاف ، هل المنع لعلة الميراث أو لغيرها ؟ فإذا كان المنع لأجل الميراث جازت الوصية

قوله : أو لغيرها ، يعني ـ والله أعلم ـ أن الأصل في الوالدين عدم الوصية لكونهما من الورثة في الغالب ، فمنعت طرداً للباب ولا عبرة بالعارض .

---

(١) متفق عليه .

إن لم يكونا من أهل الميراث ، وكذلك إذا أوصى الميت لبعض ورثته .

وفي الأثر : وإن أوصى لوارث فجوّزها له الورثة في حياة الموصي فلا يجوز ، إلا إن جوّزوها له بعد موته ، ومنهم من يقول : إن جوّز له الورثة ذلك في حياته فجائز ، فهذا يدل منهم أن علّة المنع عندهم لحقّ الورثة ، فإذا أجازوها جاز ، والله أعلم .

وعبد الوارث بمنزلته ، لأنه ماله ووصيته ، ولذلك لا تجوز الوصية لعبد الوارث ، كما لا تجوز لوارث الميت، وكذلك أيضاً عبده ، لا تصح له الوصية ، لأنها راجعة إلى الورثة ولا وصية لوارث .

وفي الأثر : وإن أوصى لوارثه بانتصال أموال الناس أو بالحقوق التي وجبت عليه من الزكاة والكفّارات وغير ذلك فلا تجوز .

ومنهم من يقول : جائزة ، والذي يوجبه النظر أن من لم يجوّز هذه الوصية للوارث دليله عموم قوله عليه السلام : (لا وصية لوارث) ، فأخرجها مخرج النكرة ولم يخص وصية من وصية ، والنكرة تدل على العموم ، وأما من جوّز هذه الوصية للوارث فقد دل مذهبه أن المنع إنما وقع على وصية لم يجب عليه في حياته إخراجها ، مثل وصية الأقرب

ووصية التطوُّع .

والفرق بين هذه الوصية ووصية الأقرب ، أن وصية الأقرب لا تجوز إلا بعد الموت ، وهذه الوصية التي للحقوق اللازمة له تجب عليهفي حياته ، فإذا أعطاها في حياته جازت ، وسواء في ذلك أعطاها للورثة وغيرهم ، فإذا تساوى فيها الورثة وغيرهم في حياته ، وكذلك موته على هذا القول ، أصل ذلك إذا أوصى لأحد ورثته بتبـاعة تلزمه في حياته جاز له بعد موته ، كما جاز في حياته ، والله أعلم .

وأما القاتل فلا تجوز له الوصية ، كما لا يصح له الميراث، لأنه تعجيل إلى شيء يحل له في وقت ما ، فتعجل إليه قبل وقته ، فحرمه عقوبة له .

وفي الأثر : سواء كان القتل عمداً أو خطأ ، وسواء كان القاتل طفلاً أو مجنوناً ، وقد ذكر عن النبي ﷺ أنه قال : (لا يرث القاتلُ قتيله عمداً كان القتل أو خطأ) [1] ، وقاست العلماء الوصية للقاتل على الميراث كما ذكرنا ، وسواء كانت الوصية قبل الجرح أو بعده ثم مات بعد ذلك به لعموم الخبر في ذلك ، سواء في ذلك قتله وحده أو اشترك مع غيره من الناس أو من السباع أو كل من ينسب إليه القتل .

---

(١) متفق عليه

وبالجملة كلُّ قتل لا يحلُّ له وجب عليه فيه الدية والقود مما ولاه بنفسه أو اشتركه مع غيره ، أو كان بأمره مما يجب عليه فيه القود والدية فلا تصح له به وصية المقتول .

وكذلك جميع من يضمن ديَّته من وجوه التضييع مثل من رآه أشرف على الهلاك فتركه حتى مات ضيعة ، إذا كان ممن يجب عليه أن ينجيه من الهلاك ،فإن أوصى له فلا تجوز وصيته ، ومن العلماء من يقول: إن قتل الخطأ لا تبطل به الوصية ، وذلك لأن الخطأ محمول على هذه الأمة ، فلا عقوبة فيه لقوله تعالى : ﴿ ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ﴾ [1] .

وكذلك أيضاً كل قتل يحل للقاتل بوجه من الوجوه ، فلا يبطل الوصية، مثل من قتل قاتل وليه أو من بغى عليه أو من طعن بدين المسلمين

قوله : مما ولاه ، لعله وليه .

قوله : بأمره ، أي بأن أمر أولاده أو عبيده أو نحو ذلك .

قوله : ممن يجب عليه أن ينجيه ، فخرج المهدور الدم .

---

(١) البقرة : ٢٨٦ .

أو المرتد أو ما أشبه ذلك مما يحل به القتل ، والله أعلم .

وإن أوصى لرجلين فقتل أحدُهما فقد بطل سهم القاتل دون الآخر ، لأنه لا تكسب كل نفس إلا عليها ، ولا تبطل الوصية بفعل غيره إذا لم يكن له فيه سبب ولو كان الغير طفلة ، وأما إن أوصى لعبد فقتله سيد العبد فقد بطلت الوصية ، لأن مال العبد لسيده ، والله أعلم .

وأما المشرك ، فقد قال بعضهم لا يعطى المشرك من الوصية شيء كالميراث .

وقال آخرون : ليست الوصية كالميراث ، هذه تفضُّل وعطية وصلة رحم، كما أمر الله والقرابة تصح في المسلم والكافر ، والميراث ورد التعبد بها على لسان الرسول عليه السلام : (ولا يتوارث أهل ملَّتين)[1] .

وهذه الوصية التي ذكرنا جوازها ، إنما هي لمقصود ، والله أعلم .

والوصية جائزة للحمل إن وُلد حياً ، وإن وُلد ميتاً بطلت الوصية ، أصل ذلك الميراث ، أنه كما يصح له الميراث كذلك تصح له الوصية .

وفي الأثر : والوصية للعبد من غير سيده ، قال الأكثر : هي تصح

---

(١) رواه أحمد والترمذي وأخرجه الحاكم .

ثم اختلف أهل هذا الرأي، قال بعضٌ :لا يجوز للسيد أخذها منه والعبد ينتفع بها ، وقال قوم : هو يملكها كما يملكه ، إن شاء أخذها وإن شاء تركها ، قال القاضي : بهذا أقول .

وإن انتقل العبد من ملك سيده قبل موت الموصي ، ثم مات بعد ، فهي لسيد العبد الأول ، فعلى قول من قال : هي للعبد فهي تتبع العبد أين ما كان ، وإن عتق فهي له .

وتجوز الوصية للطفل والمجنون ولا تحتاج إلى قبول لأنها قربة إلى الله .

باب في أنواع الوصايا

أول ذلك الوصية للأقرب ، وهي واجبة كما ذكرنا .

وفي الأثر : قلت: بأي شيء يبدأ به المرء من وصيته ، قال : فقال : بأي شيء بدأ فقد أجزأه إذا أوصى بجميع ما عليه ، وقد رأيت رجالاً من أهل الفضل إنما يبدؤون في وصاياهم بالأقرب، ويأمرون بذلك من حضر الوصية .

ومن لم يكن له شيء من المال فليوص ، ولعل أحداً من المسلمين يؤديها عنه إذا مات وليس عليه بمضيق ، مثل الذي له المال .

ويوصي الرجل من ثلث ماله لأقاربه بما شاء ، وأدنى ما يوصي به لأقاربه أربعة دراهم ، وهي ربع دينار فصاعداً ، وهي أدنى صدقات

قوله : أربعة دراهم ، إن جعلنا صرفه على ما هو المتعارف في زمننا .

النساء ، وذلك ان صدقات النساء عندهم أربعة دراهم وهو ربع دينار ، قياساً على ما يقطع به يد السارق ، وذلك لأن هذا عضو لا يتلف بأقل من ربع دينار الذي يتلف به يد السارق ، وكذلك لا يجزىء في الفرض من الوصية أقل من أربعة دراهم ، كما لا يجزىء في الصداق أقل من أربعة دراهم .

والمستحب في وصية الأقرب أن يوصي بالأصل ، ومن الأصل ما فيه الزيتونة والنخلة ، لأنها أكثر احتمالاً للعطش من غيرها من الشجر ، والوصية للأقرب فريضة ، يرثها من يرث المال إذا لم يكن الذي ورثه .

وفي الأثر : وترث المرأة الأقرب من ثلاثة رجال وثلاث نسوة ، فمن الرجال جدها وأخوها وابن ابنها ، ومن النساء جدتها وأختها وابنة ابنها ، ويرث الرجل الأقرب من هؤلاء وغيرهم ، ويرثه من عمته وابنة عمه وابنة أخيه وغيرهن من النساء إذا صار لهن عصبة، قربوا أو بعدوا منه ، إذا لم يكن من يرث دونه ، والأصل في هذا الميراث ، لأن وصية الأقرب فريضة كالميراث .

وقال تعالى : ﴿ وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض ﴾[1] .

---

(١) الأنفال : ٧٥ .

وفي الأثر : وإذا مات الرجل ولم يكن له وارث ، إلا عمته وابنة عمته أو خالته أو ابنة خالته ، وأوصى للأقرب ، فالمال كله للعمة والأقرب لابنة العم ، وقيل : بأن يكون للعمة دون ابنتها ، وكذلك الخالة وابنة الخالة وغيرهن من الأرحام .

وسبب الخلاف ، هل وصية الأقرب للعصبة أو لمن يرث المال إذا إذا لم يكن من يرثه ؟ فإذا كانت للعصبة فلا ترثه المرأة إلا في موضع ترث فيه المال مع العصبة كما ذكرنا ، وإذا كانت وصية الأقرب لمن يرث المال إذا لم يكن من يرثه ، فإن المرأة ترث الأقرب في كل موضع ترث المال ، إذا لم يكن من يرثه كما ذكرنا في العمة وابنتها والخالة وابنتها وغيرهن من الأرحام ، وإنما يرث الوصية الأقرب كما يرث المال ، والعبد والمشرك والقاتل ليس لهم في وصية الأقرب شيء ، لأنه لا ميراث

قوله : وإنما يرث الوصية الأقرب كما يرث المال ، فعلى هذا إن خلف أبناء وجدة وأختاً وبنت ابن وعماً ، وأوصى لأقرب النـاس إليه بوصية ، يكون السدس منها للجدة ولبنت الابن النصف وللأخت الشقيقة أو الابن الباقي ، وليس للعم شيء .

وأخبرني من أثق به ، أن مشائخنا بالجزيرة يحكمون بهذا القول ، وكذلك في بني مصعب ، والله أعلم .

لهؤلاء ، إلا إن خص الميت العبد والمشرك بشيء بغير وصية الأقرب فلا بأس كما ذكرنا .

وفي الأثر : وإذا أوصى الرجل لأقاربه ولم يكن له أقارب فترجع الورثة في الاقرب ، فيرثونه كما ورثوا المال القريب منهم والبعيد ، وقيل : يرثه من كان عصبة للميت دون غيره من الأزواج وإخوة الكلالة وما أشبههم ، فهذا يدل منهم أن وصية الأقرب للعصبة ، لكنهم اختلفوا إذا أوصى بها الميت ولم يكن له قرابة ، هل تبطل تلك الوصية أم لا ؟ فإذا بطلت رجعت الورثة ، وإذا لم تبطل رجعت إلى العصبة ، لكن قوله

قوله : فهذا يدل منهم أن وصية الأقرب للعصبة ، وبهذا القول جزم في الديوان حيث ذكر أن الأقرب إنما يرثه من يرث بالتعصيب الميت بعد وارثه ، ولا حق فيه لذي سهم ، ولذلك لا يستحقها من النساء إلا الأخت وبنت الإبن ، ومراده فالأخت وبنت الإبن إذا وجد ثَمّ إحداهما من يعصبها ، كما هو ظاهر حتى تخرج عن ذوي السهام ، ففي الصورة المعروفة في الحاشية الأولى تكون الوصية للعم ، كما هو ظاهر - والله أعلم - وكان المناسب للمصنف رحمه الله أن يبيّن ما عليه العمل ، فإن أول كلامه يدل على أنها لمن يرث المال إذا عدم الوارث ، سواء كان من العصبة أو من ذوي السهام أو من ذوي الأرحام ، وآخر كلامه يدل على أنها للعصبة فقط ، حيث قال : فهذا يدل منهم أن وصية الأقرب للعصبة الخ .

عليه السلام : (لا وصيـة لوارث) ، يمنـع من ذلك لعمومه ، وعند الآخرين : لا وصية لوارث إذا كان من يرثها .

والمولى إذا مات وترك مالاً وأوصى للأقرب ، فـإن من سبق إلى ماله ، له الأقرب مع المال ، لأنه لا عصبة له ، ولا فرض عليه في وصية الأقرب .

وفي الأثر : وإذا أوصى الرجل لأقاربه بعشرة دنانير أو ما أشبـه ذلك فمات وترك بنيه فورثوا ماله، ولبنيه أولاد ، وامرأة أحد بنيه حامل فهل ينتظره حتى يولد ، فيقسم معهم الأقرب ؟ قال : لا . قلت : فإن لم يقسموا حتى ولد أيرث معهم ؟ قال : لا ، وقال الشيخ أبو محمد وافي بن عمار: يتربصوا بقسمة الأقرب حتى يولد يرث معهم ، ومن الحجة لصاحب القول الأول فيما يوجبه النظر ، أن الوصية للأقرب ، وإن كانت ميراثاً فليست ببعيدة ، انها هدية وصلة رحم ، بدليل أنها بدل من الرزق الذي أمر الله به عند حضور القسمة لأولي القربى،لقوله تعالى : ﴿ وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه ﴾ [1]، وقد أجمع المسلمون جميعاً ألا يجب لقريب واحد وصية وإعطاء وقت القسمة من

(١) النساء : ٨ .

طريق الرزق ، فإذا ثبت أن فيها معنى صلة الرحم فليست بيننا وبين صلة الحمل رحم ، وعلى أن بعضهم قـــال ـ وهو الأقل فيما أحسب ـ ليست بفرض فحيث شاء الميت ، جعلها في الأقرب أو في فقير .

وأما قول أبي محمد فجرى على أنها ميراث ، والله أعلم . وكذلك اختلافهم في رجل مات وترك أباه وأمه وأخاه وأمه حاملة من أبيه أو غيره ، قال الشيخ رضي الله عنه وأكرم مثواه : للأُم الثلث وللأب الثلثان فلا يحجبها من الثلث إلى السدس الحمل الذي لم يولد ، قلت : إن لم يقسموا حتى ولد الحمل أتكون القسمة بينهم مثل الأولى ؟

قال : نعم ، قد مات هذا ولم يترك إلا أخاً واحداً ، والأخ الواحد لا يحجب الأم من الثلث إلى السدس .

فقال أبو محمد أيضاً في هذه المسألة مثل ما قال في التي قبلها : للأقرب الانتظار بالقسمة حتى يولد الحمل ،فإن ولد وهو حي فيحجب الأم من الثلث إلى السدس ، وإن ولد ميتاً فلا يحجبها ، وأما الحمل الذي يرث فأجمعوا أنه لا تجوز القسمة حتى يولد ، وإن ولد وهو حي يرث مـــع الورثة ويحجب فيمن يحجب ، وإن ولد وهو ميت فلا يرث ولا يحجب ، وإنما سهل اختلافهم في الحمل الذي لا يرث ، هل يحجب أم لا ؟

وذلك لأن في الأصول:من لا يرث لا يحجب، وكيف يحجب من لا يرث ما يحجب، فلما خالفت هذه المسألة الأصول احتملت التأويل وتعرض فيها الاختلاف، والله أعلم.

وفي الأثر: وإذا أوصى الرجل لأقاربه بعشرين ديناراً أو ما أشبه ذلك من غير مقصود ولا معيَّن لأقاربه، فمات ولم يأخذ الوصية أقاربه حتى توالد من معهم في المنزلة، أو كان أقربهم إلى الميت في المنزلة، أو أسلم من الشرك، أو أعتق من العبودية، قال بعضهم: يرث معهم في الأقرب هذا الداخل إذا كان معهم في المنزلة، ويرث دونهم إذا كان أقرب منهم إلى الميت في المنزلة.

وقال بعضهم: ليس يرث معهم إذا كان في المنزلة الواحدة، ولا يرث دونهم إذا كان أقرب منهم إلى الميت، وهو لمن صار له عند موت الميت.

وهذه المسألة والأولى في معنى التأويل واحد، أعني هل الوصية في ذلك بمنزلة الميراث أم لا؟

وأما إن كان في الأقربين طفل أو مجنون أو غائب أو كانت الورثة

منعوها لهم حتى حدث هـذا الداخل فلا يرث شيئاً ، لأنهم منعوا من حقهم فلا يضرهم ذلك حيث لم يكن من قِبلهم .

وكذلك أيضاً : إن أوصى لأقاربه بشيء معلوم مقصود معيَّن ، مثل هذه الدابة أو الخادم أو فداناً معروفاً أو دنانير معروفة أو مـــا أشبه ذلك من المقصود إليه ، فلا يدخل معهم فيه من كان معهم في المنزلة ، ولا يرث دونهم إذا كان أقرب منهم إلى الميت في المنزلة ، لأن ذلك لا يحتاج إلى القسمة من حيث كان مقصوداً .

فإن قال قائل : فوقتُ القسمة على هـذا له تأثير ، قيل له : نعم ، ويعضد هذا قوله عليه السلام فيما رووا عنه : (أيما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم ، فهي على قسم الإسلام)[1] ، فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم في ذلك الوقت بحكم الإسلام ، ومن اعتبر موجب القسمة حكم في وقت الموت للمقسوم بحكم الإسلام .

قوله : فلا يضرهم ذلك ، أي إجماعاً .
قوله : لا يحتاج إلى القسمة ، أي مع الورثة .
قوله : المقسوم بحكم الإسلام ، أي في ذلك الوقت .

---

(١) تقدم ذكره .

وفي الأثر : وإذا أوصى الرجل لواحد من أقاربه بعشرة دنانير ثم أوصى لجملة أقاربه بمائة دينـار ، فلصاحب العشرة تلك العشرة الـتي استخصه بها ثم ينزل مع جملة الأقربين في المائة التي أوصى بهـــا لجملة الأقربين فيرث معهم فيها ، وقال بعضهم : يرث غيره من الأقارب هم أولى بالمائة حين استخص هذا بالوصية الأولى ، وقـــال بعضهم : جميع الوصية لهذا المستخص حين استخصه الميت بهذه الوصية الأولى تكون له الوصية الأخيرة .

وقال بعضهم : يأخذ غيره من الأقارب من المائة عشرة عشرة ، إذا كان ممن يستوي معهم في قسمة الأقـــارب ، أو أقل من العشرة أو أكثر منها إذا كانوا ممن يختلف فيها ميراثهم في الأقرب على حساب مـا ينوبهم إذا حصلت لهم تلك العشرة نحو أن يكون في الأقربين الجد والجدة وابنة الابن وابن الابن ، فما بقي من المائة بعد أخذهم ما ذكرنا فينزل معهم فيه .

وسبب اختلافهم هو سبب اختلافهم في تخصيص الميت هـذا بالعشرة الدنانير ،هل هو من المائة أخرج من عموم الوصية للاقربين أم هو تفضيل له بذلك على غيره ، أم ليس ذلك بشيء ؟ فإذا كان ذلك التخصيص له من المائة تفضيلاً له على غيره ، فله تلك العشرة وما ينوبه من المائة .

والدليل على ذلك قوله تعالى : ﴿ قل من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكائيل ﴾[1] ، فليس في ذكر جبريل أو ميكائيل بالتخصيص ما يخرجه من الملائكة ، ويدل أيضاً على هذا إجماع الجميع أن الميت يوصي من ثلث ماله بما شاء لمن شاء بعد وصية الأقرب ، وهذا القول هو الذي يوجبه النظر عندي ، وإذا كان تخصيص الميت له بالعشرة إخراج من عموم الوصية للأقربين فله ما خصه به دون غيره ، ولغيره ما أوصى له به ، ولا يدخل أحدهم على صاحبه فيما أوصى له به ، لأن الخصوص إخراج بعض ما يشمله اللفظ العام .

وأما من قال : يبني على ما في يده من الوصية ويتخاصصون، فمذهبه أن الوصية للأقرب فريضة ، وحكم الفرض على ما ورد به الشرع ليس لأحد فيه حكم، فحمل هذه الوصية على العموم .

وكذلك أيضاً إن أوصى لجملة الأقرب ثم استخص أحداً منهم بعد ذلك بشيء على هذا الحال ، لأن تخصيص العام يرد مقروناً معه ويرد مقدماً ومؤخراً عليه، والله أعلم .

وأما إن أوصى لبعض قرابته دون بعض ، فلا يرد من لم يوص له

---

(١) البقرة : ٩٨ .

من الذي أوصى له شيئاً ، ولا تجزئه تلك الوصية للأقرب من حيث لم يوف بوصية الأقرب ، وليس هو مثل من لم يوصِ للأقرب بشيء كما ذكرنا قبل هذا .

وفي الأثر : وإن أوصى لواحد من أقاربه هكذا ولم يقصده،فليس في ذلك وصية ، ومنهم من يقول : الوصية جائزة ، ويكون ذلك بينهم أجمعين .

وكذلك إن أوصى لهذا أو لهذا من أقاربه على هذا الحال ، لأن هذه وصية لم تتبين ، وكل وصية لم تتبين فهي راجعة إلى الأقرب ، لأن أصل الوصية للأقرب،لقوله تعالى: ﴿ كُتب عليكم إذا حضر أحدكم الموتُ ﴾ الآية ، والورثة ليس لهم في الوصية شيء .

فإن قال قائل : أليس قد قال بعض الفقهاء : جميع ما لم يعرف سبيله من الوصايا يتصدق به على المساكين ؟ قيل له : نعم ، لكن هذه الوصية التي ذكرنا مخصوصة في الأقرب من الميت ، وإنما يتبيَّن سبيلها في الأقرب ، والله أعلم .

وأما إن قال : أوصيت بهذا الشيء لفلان أو لفلان أقربي أو أجنبي فللورثة أن يعطوا ذلك الشيء لمن أحبوا من الذين أوصي لهما به ، وإن

قال : أوصيت بهذا الشيء لفلان وفلان ، فهو بينهما بالسوية .

وكذلك إن قال : أوصيت بعشرة دنانير للحج أو للكفارة أو للاحتياط ، فيجعلون ذلك لأي وجه شاؤوا من الوجوه التي سمى ، وإن قال : أوصيت بعشرة دنانير للحج وللكفارة وللاحتياط فيقسمونها بين الوجوه الثلاثة جميعاً أثلاثاً ، وذلك ان الميت إذا خيَّر الورثة فجائز أن يجعلوا ذلك في وجه من الوجوه من ذلك والله أعلم . لأنها مقصود بها وجه من تلك الوجوه ، وإن كانت لم تتبيَّن في أي وجه والله أعلم .

وكذلك أيضاً إن أوصى لأقاربه بهذا الشيء أو بهذا الشيء فجائز ، وترجع المشيئة في ذلك إلى الورثة ، ويدفعون لهم ما أرادوا ، وقال بعض : إنما يكون لهم نصف الشيئين ، وسواء في ذلك تفاضلا أو لم يتفاضلا .

والقول الأول أنظر عندي ، لأن الورثة مخيَّرون في الشيئين ، والواجب منهما واحد وهو غير معيّن ، وإن تلف أحد الشيئين قبل أن يدفعوا أحدهما لأقاربه ، فإنهم يدفعون لهم الباقي منهما ، وإن تناسل الشيئان أو أحدهما ،فحكم نسل كل واحد منهما كحكمه، والورثةمخيرون.

وكذلك إن نقصا أعينهما أو تغيرا فليعطوا لهم ما أرادوا، والأقرب والأجنب في هذا سواء ، وكذلك جميع الوصايا على هذا الحال .

وإن أوصى للأقرب بواحد من هذين الشيئين ولم يقصده بعينه ، فهو جائز ، ويتفق الأقرب مع الورثة ، وإن لم يتفق معهم فهم شركاء .

وكذلك الأجنب وجميع الوصايا على هذا الحال ، لأن هذه وصية مجهولة غير معينة .

وقد ذكرنا جوازها فيما تقدم، وعلى الورثة الأوسط فيها والشيئان لا يمكن فيهما الأوسط ، وكذلك قالوا : الأقرب مع الورثة فيهما شركاء إن لم يتفقوا ومقدار ما يوصي به لأقاربه ،وجنس ما يوصي به قد ذكرناه في باب الوصايا ، ولكن إنما يوصي الرجل لأقاربه بشيء معروف يصل إليه بعد موته ، سواء كان ديناً أو عيناً ، إلا إن كان ذلك مما لا يصل إليه في الحكم الظاهر وهو حلال له فيما بينه وبين الله ، فلا يجزئه في وصية الأقرب،إلا إن وصل إليه بشيء من ذلك يوماً من الدهر فقد أجزأ عنه ، لأنه في يده .

وكذلك إن كان الشيء في يد الأقرب ، فقد أجزأ عنه ، لأنه في يده ، ومثل ذلك أيضاً ما غصب منه ظالم أو عبد آبق منه . فلا يجزئه في وصية الأقرب كما ذكرنا ، إلا إن دخل شيء من ذلك في يد الأقرب يوماً من الدهر ، ولكن لا يكل نفسه إلى ذلك. والوصية للأقرب بجميع المنافع،فقد ذكرنا ذلك في بابه وما فيه من الاختلاف ، فلا معنى لإعادته

مثل الغلة ما لم تحضر والخدمة والسكنى ومجاز الطريق والساقية وكل شيء فيه منفعة دون تمليك الغير ، والله أعلم .

وكذلك أيضاً الوصية بالشفعة ، لأنها حق غير متملك ، والله أعلم .

وكذلك إن أوصي له بشيء لم يملكه فلا تجوز تلك الوصية ولا تجزئه في وصية الأقرب ، لأن الوصية أصلها الهبة ، والهبة لا تحل بغير طيبة نفس مالكها ، وكذلك ما اشتراه شراء الانفساخ فأوصى به للأقرب فلا يجزئه لأنه غير مالكه .

وكذلك إن أوصى له بكذا وكذا ديناراً من دنانيره ، وكذا وكذا شاة من غنمه ، وليس له دنانير ولا غنم ، فلا تجوز تلك الوصية للأقرب ولا لغيره .

وكذلك ما ذكرنا من الوصايا ، لأنه نسب ذلك إليه ولم يملكه . وكذلك إن أوصى له بنخيل أو بعبيد ، وليس له نخيل ولا عبيد ، فلا تجوز تلك الوصية كما ذكرنا .

وأما إن أوصى له بكذا وكذا ديناراً أو كذا وكذا شاة أو كذا وكذا نخلة من ماله أو أن يخرج من ماله فذلك جائز ، لأنها وصية في الذمة ، والله أعلم .

وإن أوصى له ببيع موقوف أو هبة موقوفة ، فحكم الشيء الموقوف موقوف ، فإن انقطع إليه ذلك الشيء ووصل إلى الأقرب فقد أجزأ عنه ، وإن أوصى رجل لرجل وهو أقربي أو أجنبي ، ولم يمت إلا وهو وارث ، فلا يأخذ من الوصية شيئاً ، لأنه لا وصية لوارث .

وأما إن أوصى له وهو وارث ، ولم يمت إلا وهو أقربي أو أجنبي ، فقال بعضهم : يأخذ الوصية لأنه ليس بوارث ، وقال بعضهم : لا يأخذ شيئاً لأنه أوقع له الوصية وهو وارث ، فهي باطلة من أولها .

وأما إن أوصى له وهو أقربي أو أجنبي ، ولم يمت الموصي إلا وهو أقربي أو أجنبي فليأخذها ولا بأس لأنه ممن تجوز له الوصية، والله أعلم .

وإذا أوصى الرجل للاجنب بوصيـــة ولم يوص للأقرب بشيء ، فللأقرب أن يرد على الأجنب ثلثي تلك الوصية .

وقال بعضهم : لا يرد عنه شيئاً ، فمن قال : يرد على الأجنب فإن ذلك قياس منه على الورثة ، وذلك لما كان الميت لا يصح له من ماله بعد موته إلا الثلث وما دونه لتعلُّق حق الورثة بالمال كان للأقرب أيضاً ثلثا ما أوصى به للأجنبي لتعلق حقه بالثلث ، كتعلق حق الورثة بالمال ، ثم إنهم اختلفوا بعد هذا في وجهين: أحدهما، في أي وصية يردها الأقرب

إلى الثلث ، والثاني ، إذا أشغله الميت بشيء ، أعني إذا أوصى له بشيء ، أما الوجه الأول ، قال بعضهم : لا يعارض الأقرب جميع ما يوصي به الميت من الكفارات والأيمان والحج والانتصال ، ولا ما يوصي به للمساجد والمساكين وإصلاح السبيل وأشباه ذلك من الوصايا ، ولا يرد عنهم الثلثين ، ويرد الثلثين عن الأجنب المخصوص بها ، ما لم يوص له بها الميت على سبيل الحقوق والاحتياط ، فإذا كانت على ما ذكرنا ، فلا يرد عنه شيئاً ، فهذا القول أصح فيما يوجبه النظر ، وذلك إنما يرد الأقرب من الوصايا ما يجب له ، فإذا أزاحها عنه الميت إلى غيره ردّها إلى الثلث .

وأما ما كان على سبيل الحقوق والاحتياط فلا ، لأنه واجبة على الميت في حياته ، فإذا أدّاها فقد أدّى ما عليه .

وكذلك إذا أوصى بها بعد موته ، وقال آخرون : كل وصية تخرج من الثلث يعارضها الأقرب ، وأما التي تخرج من الكل فلا يعارضها، وقد ذكر في الأثر : ومن أوصى للفقراء ولم يوص للأقربين ، فللأقربين

قوله : إذا أشغله الميت بشيء الخ، ظاهر التعبير بشيء يقتضي أنه لا يعارض وإن كان أقل من ربع الدينار ، والله أعلم .

قوله : ومن أوصى للفقراء الخ ، ينظر ما الفرق بين الفقراء والمساكين ، فإنه ذكر أن الأصح في المساكين أنهم لا يعارضون ، وانه لا يعارض الأجنب

الثلثان عند علمائنا رحمهم الله ، وقد قال بعض: إنها ليست بفرض، فحيث شاء الميت جعلها في الأقرب والفقير .

وأما الوجه الذي شغل الميت الأقرب بشيء ، ففي الأثر : وإذا أوصى الرجل للأقرب وأوصى للاجنب الآخر ، فذكر الشيخ رضي الله عنه ، عن أبي محمد خصيب بن ابراهيم ، أنه قـــال : دع عنك كثرة الأقاويل ، إذا أوصى للاقرب بشيء فقد شغله عن الثلثين، وقال بعضهم: يرد الأقرب من الأجنب ، ويعتد بما في يده حتى يستكمل الثلثين ، وقال بعضهم : يرد عليه ثلثي ما في يده ولا يعتد بما في يده هو ، وقال بعضهم : لا يرد عنه شيئاً أوصى له أو لم يوص له .

وإن أوصى لواحد من أقاربه بدينار ولآخر بدينارين ، وأوصى للأجنبي بعشرة، فليردوا عنه الثلثين، فيقسماها بينهما نصفين على ما ذكرناه من الاختلاف في المسألة الأولى فيما يرد عن الأجنب ، وفي قسمة ما ردُّوه بينهم .

وإن جوّز الأقرب تلك الوصية للأجنب فلا بأس لأنه حقه ،

المخصوص على ما تقدم، أللهم إلا أن يقال : أراد بهم من الفقراء المعينين، أو هذا قول آخر ، وهو ظاهر كلام السؤالات ، وكذلك إن أوصى للفقراء فللأقربين ثلثا الذي أوصى به للفقراء .

وكذلك إن جوّز له أحد الأقربين فلغيره أن يرد من الأجنب ما ينوبه من الثلثين .

وأما إن جوّز الأقرب للميت أن يوصي للاجنب، فأوصى له ،فمات فله أن يرد عليه ثلثي الوصية ، ولا تضره اجازته ، لأن الوصية للاقرب فريضة من الله ولا تزيح الفرض تلك الاجازة .

وإذا أوصى الرجل للأجنب ولم يوص للاقرب، فإن الشهود يشهدون للاجنب على الورثة بالوصية من غير حضور الأقرب ، ويحكم له الحاكم أيضاً بغير حضوره ويعطيهـــا له الورثة من غير حضوره ، ولا يشهد الشهود للأقرب إن دعاهم للشهادة بغير أمر الأجنبي ، ولا ينصب الحاكم الخصومة بين الأقرب والورثة على تلك الوصية بعدما أخذها الأجنب.

فقد دلّ هذا منهم ، أن الوصية للأجنب إذا أوصى له الميت ، ما لم يرد منها الأقرب الثلثين وهو الذي يوجبه النظر عندي ، لأن الأقرب مخيَّر بين إجازة الفعل للأجنبي ، وبين أن يرد منه الثلثين ، ولأن الأقرب أيضاً لا يدرك منها شيئاً ، ولا يجب له إلا بعد قبول الأجنب لها .

وكذلك لا يدركها على الورثة قبل أن يقبضها الأجنب ولو قبلها ،

قوله : ولا تزيح الفرض تلك الاجازة ، نظير هذا ما ذكروه في دواقة الجار ، إذا تحاللوا فيما بينهم واتفقوا على إسقاطه لأنها حق الله .

ولا يجب على الأجنب قبولها ، وأما قبضها بعد قبولها فواجب فيما بينه وبين الله دون الحكم .

ومثل ما ذكرنا إذا جمع الميت رجلين في الوصية أقربين أو أجنبين فعورضا فيها ، وأراد أحدهما أن يخاصم ويستشهد عليها . وأما الآخر ، فإنه لا يدرك عليه ذلك في الحكم ، ولا يشهد له الشهود وحده ، لأن الشهادة عند الشهود وديعة لهما جميعاً لا يدفعاها لأحدهما دون الآخر ، ولكن ليس لصاحبه أن يعطل عليه ذلك في جميع الوجوه التي ذكرنا ، فإن عطل حتى هلك ، فهو لما ينوب صاحبه ضامن فيما بينه وبين الله دون الحكم على ما ذكرنا ، وإن أخذها الأجنب من الورثة فتلفت في يده ، فهو ضامن لما ينوب الأقرب منها إذا ضيعها ، وإن هلكت بأمر غالب ، فلا ضمان عليه منها ، لأنه أمين فيها وليس بمتعد ، والله أعلم .

وما جاوز ثلث المال إذا أوصى به الميت للاجنب ، بإذن الورثة فليس للاقورب أن يرد من ذلك إلا ثلثي الثلث، ولا يرد أكثر من ذلك، لأنه من الورثة مثل الهبة .

ومثل ذلك أيضاً إذا أحاطت الديون بماله ، فأذن له الغرماء أن

يوصي بماله كله أو بعضه، فمات، فليس للورثة أن يردوا الوصية إلى الثلث، ولا للأقرب مما يرد الأقرب عن الأجنب شيء ، لأن ذلك من الغرماء مثل الهبة ، أصل ذلك إن أذن رجل لرجل أن يوصي في ماله بوصية فأوصى فيه ،فمات الموصي فليس للورثة ولا للاقرب منها شيء كما ذكرنا.

وأما إن وهب له شيئاً من ماله أولاً ، ثم أوصى فيه بعد ذلك ، فتلك وصية في ماله ، فللورثة أن يردوها إلى الثلث، وللأقرب معارضة الأجنب فيما خص به ، كما ذكرنا .

وفي الأثر : وإذا أوصى الرجل، قال : أوصيت بعشرة دنانير لهذا الرجل وهو أقربي،فإذا هو ليس بأقربي وأقرب منه غيره،فيرد الأقرب منها الثلثين ، وللموصى له الثلث .

وإن قال : أوصيت لأقربي بعشرة دنانير وهذا هو الرجل ، فإذا هو ليس بأقربه وغيره هو الأقرب ، فليأخذ الوصية الأقرب، وليس لهذا

قوله : فليس للورثة ولا للأقرب منها شيء ، يؤخذ منه حكم ما يفعله أهل زماننا لمن تصدق عليهم بجميع ماله ، فيلتزمون له بعد ذلك قدراً معلوماً يدفعونه عنه بعد موته في وصيته ، وهذا ظاهر إذا لم يشترط عليه ذلك ، والله أعلم ، فليراجع . وربما كان ما يفعله الناس داخلاً في قوله : وأما إن وهب له شيئاً من ماله أولاً ، ثم أوصى فيه بعد ذلك الخ ، لأن هذه الوصية في الحقيقة وصية في ماله ، لأنه لولا ماله ما التزم له شيئاً ، وهو الظاهر والله أعلم .

الموصى له منها شيء ، وذلك لأن لفظ الوصية أولاً إنما هي للاقرب .

وإن كان أقارب الموصي رجالاً ونساء ، فالوصية بينهم كما ذكرنا ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، لأنها ميراث إذا أراد الموصي بها وصية الأقرب ، وإذا أراد غير وصية الأقرب ، مثل الديون والحقوق ومـا أشبهها فليأخذوا على الرؤوس ، وسواء في هذا الرجال والنساء ، إلا أن بيّن التفاضل بينهم .

وكذلك إن أوصى لأقاربه بكذا وكذا وفيهم الرجال والنساء على أن يقسموها بالسوية فذلك جائز ، ويكون ما زاد لذي السهم الناقص على سهمه صلة من الميت .

وكذلك أيضاً إن أوصى بشيء معلوم لرجل وامرأة وهما أقرباؤه ولم يذكر الأقرب فالوصية لهما جائزة ، ويقتسمانهـا بالسوية ، وتجزئه تلك الوصية للأقرب ، لأنه لم يذكر وصية الأقرب ، والله أعلم .

وفي الأثر من بعض كتب المتقدمين : وإذا أوصى الرجل لذوي قرابته بالثلث ، فإن ذوي قرابته كل ذي رحم محرم منه ، فإن كان له عمّان وخالان وله ولد يحجب ميراثه ، فالثلث لعميه ، لأنهما أقرب من الخالين ،

قوله : لأنه لم يذكر ، علة لقوله : ويقسمانها .

وأدنى ما يكون من ذوي القرابة اثنان فصاعداً ، ولو كان عم واحد وخالان ، كان للعم النصف وللخالين النصف .

قال أبو المورج : إن الخالين والعم والعمين في الثلث سواء ، وليس هذا ميراثاً ، إنما هذه وصية للقرابة ، فإذا لم أقدر على أحد إلا هؤلاء أعطيته .

وكذلك كل ذي رحم محرم منه فالثلث بينهم سواء في الوصية ، وإن كان بعضهم أقرب من بعض .

والعمل عند أصحابنا ، أن الوصية للاقرب ميراث ، وليس العمل على ما قال أبو المورج في هذا عندهم ، إلا إذا أوصى الرجل لقرابته بشيء من ماله على غير وصية الأقرب فجائز وحسن جميل ، لأن ذلك من صلة الرحم ، وقد أمر الله عز وجل بصلة الرحم في قوله تعالى : ﴿ واتقوا الله الذي تسآءلون به والأرحام ﴾ [1]، وقال عليه السلام : (صِلوا أرحامكم ولو بالسلام)[2]، وصلة الرحم حقٌ واجب في الصحة والسقم ، أن يصلهم بمال إن احتاجوا إليه ، وإن لم يحتاجوا إلى مـــاله

قوله : اثنان فصاعداً ، أي لأنها أقل الجمع عند بعضهم .

---

(١) النساء : ١ .
(٢) تقدم ذكره .

فليصلهم بنفسه وسلامه وهو أقل الصلة عندهم .

وإن أوصى لهم بكذا أو كذا من مـــاله فذلك جائز ، ويأخذه قرابته إلى ثلاثة آباء والموصي رابعهم ، وسواء في هذا قرابة أبيه أو قرابة أمه ، وهؤلاء الأربعة سواء انهم عبيد أو مشركون ، لأن صلة الرحم تصح للمسلم والكافر ، وقيل في المشركين : ليس لهم فيها شيء . والأول أصح ، ومن حجتهم أن القرابة إلى أربع درجات ما روي (أنه ﷺ لما نزل عليه ﴿ وأنذر عشيرتك الأقربين ﴾ [1]، اتخذ طعاماً ثم دعا من دعا من بطون قُريش إلى أربع درجات) ، وهو يقدر أن يدعو ممن يناسبه أكثر ، وقال تعـــالى : ﴿ وأنذر عشيرتك الأقربين ﴾ ، ولم يقـل عشيرتك، مرسلاً، وقد اختلفوا أيضاً ، قال بعضهم : أربع بالميت ، وقال بعضهم : بغير الميت ، وقال بعضهم : إلى ستة آباء غير الموصي ، وقـال بعضهم : إلى عشرة آباء ، ومنهم من يقول : ما لم يقطعهم الشرك ، ومنهم من يقول: إلا ذوي المحارم منهم .

وقد ذكر في الأثر : وإنما تقسم هذه الوصية أثلاثاً ، ثلثين لقرابة

قوله : وإنما تقسم ، هذا قسيم لما تقدم من قسمتها بالسؤالان ، المراد غير وصية لأقرب .

---

(١) سورة الشعراء : ٢١٤ .

الأب والثلث لقرابة الأم، وتقسم قرابة الأب للذكر مثل حظ الانثيين، ومنهم من يقول : بالسوية ، ودخل في هذه الوصية الحاضر والغائب .

وأما من مات بعد موت الموصي ، فورثته بمقامه ، ومن ولد بعد موته فلا يأخذ من ذلك شيئاً ، ولو أنه قد كان في بطن أمه .

وقيل : إنما يأخذها منهم من حضر القسمة .

وأما قرابة الأم فإنهم يقسمون ما أخذوا بالسوية ، وإن كان فيهم من جمع القرابتين فإنه يأخذهما جميعاً ، وإن لم يكن له إلا قرابة الأب أو قرابة الأم ، فإن من كان منهم يأخذون ذلك كله ولو لم يكن إلا واحداً ، وكذلك إذا لم يبق من قرابة الأب إلا واحد ، فإنه يأخذ الثلثين من الوصية والثلث لقرابة الأم ، وكذلك إن لم يبق من قرابة الأم إلا واحد فإنه يأخذ الثلث ويأخذ قرابة الأب الثلثين ، ومنهم من يقول : يدخل الواحد مع القرابة ويكون معهم شركاء سواء ، ومنهم من يقول : إن كانت قرابة الأب أقرب إليه من الأم فإنهم يأخذون تلك الوصية ، وإن كانت قرابة الأم أقرب من قرابة الأب فإنهم يقسمونها نصفين .

وقد ذكر في كتاب أبي عبدالله محمد بن بركة أنه قال : إن اقتسموا

قوله : ومن ولد بعد موته ، جعله كوصية الأقرب خلافاً لأبي محمد وابن عمار كما تقدم ، فقوله فيما تقدم يناسب قوله ، وقيل : الخ .

هذه الوصية فيما بينهم حتى لم يبق منها ما لا يحتمل القسمة ، فإنهم يعطون ذلك لمن كان أقرب منهم إلى الموصي إذا كان فقيراً ، ومنهم من يقول: يعطى ذلك للفقراء قربوا أو بعدوا ، والله أعلم .

وإن أوصى لدمه أو لرحمه فذلك جائز ، ويأخذ ذلك من لا يحل نكاحه ، ومنهم من يقول : الدم والرحم مثل القرابة ، وقد ذكرنا ذلك ، وكذلك أيضاً وصية الجيران يأخذها كل من وقع عليه اسم الجار .

وفي الأثر : وسئل عن رجل أوصى لجيرانه بكذا وكذا ، هل يرد عليهم الأقرب ؟ قال : لا ، ويأخذ من ذلك الأغنياء والفقراء والعبيد والأحرار والنساء ، فقيل : كيف تكون القسمة بينهم: على الرؤوس أم على الدور ؟ قال : على الرؤوس ، فقيل له : إن كان في جيرانه أهل الكتاب هل يأخذون أيضاً ؟ قال : نعم ، قيل له : فإن كان الذي أوصى لجيرانه عبد أو أمة هل يأخذون فيه أهل الكتاب ؟ قال : لا ، ويأخذون غيرهم من الجيران ، قيل له : هل يعد في الجيران عبده إذا كانت له امرأة حرة أو أمة لغيره ؟ قال : نعم ، وأما أمته فلا ، والجار الذي قلناه عشرة

قوله : هل يرد عليهم الأقرب؟ قال: لا إنما لم يرد لأنها كالانتصال من الحقوق.
قوله : هل يعد في الجيران عبده ، أي عبد الموصي .
قوله : وأما أمته ، أي أمة الموصي .

بيوت عن يمينه وعشرة عن شماله وعشرة قدامه وعشرة خلفه ، ومنهم من يقول : : سبعة سبعة ، ومنهم من يقول : ثلاثة ثلاثة ، وهذا مـــا لم يجز بينهم طريق كبير ، فإن كان بينهم طريق كبير ، فإنه يقطع حق الجار .

وفي الأثر ، وإذا أوصى الرجل بثلث ماله لإخوته وله ستة إخوة اثنان لأبيه وأمه واثنان لأب واثنان لأم فإن كان له ولد يحرز ميراثـه فالثلث بين إخوته سواء ، وإن لم يكن له ولد كان لأخويه من أمه الثلث ميراثهما ، ولأخويه لأبيه وأمه الثلثان ميراثهما ، وتبطل حصـة الورثة من الوصية ، ويجوز للأخوين من الأب ثلث الوصية ، والله أعلم .

باب الوصية التي تخرج من الكل

والتي تخرج من الثلث

أول ذلك كفن الميت من جميع ماله، وهو قبل الديون، لقوله ﷺ في ميت مات بحضرته: (كفّنوه في ثوبيه اللذين أحرم فيهما)[1]، وأضافهما إليه وهو قبل الديون، وكذلك البقعة التي يدفن فيها إن لم توجد إلا بالشراء، لأن ذلك أولى من الديون في حياته، وكذلك بعد مماته، أعني ثوبه الذي يوارى به عورته وبيته الذي يكنُّه من الحر والبرد، والدَّين من جميع المال وهو قبل الوصية، وقد بلغنا أن النبي ﷺ قضى بالدَّين قبل الوصية، وكذلك كل ما كان على المرء من وصايا غيره من ورثته أو من غير ورثته، فهو من جميع المال، سبيله سبيل الديون.

قوله: وكذلك البقعة الخ، هذا منافٍ لما تقدم له، رحمه الله، في كتاب الجنائز، فليراجع. فإن الجمع بينهما متعسر، وما هنا موافق لكلام أبي زكرياء رحمه الله وهو الأوفق.

---

(١) رواه ابو داود والنسائي.

وفي الاثر : قلت : أرأيت وصية أبيه ووصية جده ، هل تخرج وصية جدّه قبل وصية أبيه أو يخرجان بالحصص ؟ قال : يخرجـــان بالحصص ، وقال ذات مرة : تخرج وصية جده قبل وصية أبيه ، قلت : فالاحتياط والانتصال ؟ قال : الاحتياط من الثلث والانتصال من جميع المال ، وبعضهم يقول : من الثلث ، وكذا ما وجب عليه من زكاة ماله ، قال بعضهم : إذا ضيَّعها فمن الثلث ، وإن لم يضيعها فمن جميع المال ، وكذلك الوصية بالحج الواجب .

والأصل في المسألة ، هل ما يجب عليه في حياته من جميع ماله يجب عليه بعد وفاته من جميعه أم لا ؟ فعند بعض ، أنه من جميع ماله ، أصله الديون ، وعند الآخرين من الثلث ، والفرق بين هذه الوصايا من الحقوق الواجبة التي تلزم العبد فيما بينه وبين الله وبين الديون ، أن الديون تدرك على الورثة في مال الميت ولو لم يوص بها ، والحقوق لا تلزم إلا بالوصية من الميت ، وأيضاً الديون لمعيَّن والحقوق لغير معيَّن من الناس ، وقد ذكرنا هذه المسألة فيما مضى بما فيه كفاية ، ولا معنى لإعادتها .

قوله : وقد ذكرنا هذه المسألة فيما مضى ، أي في أول كتاب الزكاة .

باب الوصية بالاتصال والانتصال

كل تباعة كانت عليه من قبل الأنفس والأموال ، أعلمَ أربابها أو لم يعلمهم ، وكذلك التباعات التي لا تنسب إلى الناس مثل الفساد في المساجد وما جعل لوجوه الأجر كله إذا أفسد فيه ، فما علم أربابها أوصى لهم وما لم يعلم فليوص لهم بها للانتصال هكذا ، ويتخاصصون كلهم في المال ، من علم صاحبها ومن لم يعلم .

ومنهم من يقول من علم صاحبها أولى ممن لم يعلم ، وهو الذي يوجبه النظر عندي على ما ذكرنا ، وسواء في هذا التعدي والمعاملات وغيره من وجوه المضمونات كلها ، والوصية بالانتصال جائزة لجميع الناس ، وارثاً كان أو غير وارث ، موحداً كان أو مشركاً ، غنياً كان أو فقيراً ، قاتلاً للموصي أو غيره إذا أوصى لهم الميت وخصهم بالوصية لانتصال أموال الناس ، لأنها بمنزلة الدَّين ، وكذلك إن أوصى لانتصال مال عبد فلان فجائز ، والوصية لسيده أو للعبد على قول بعضهم وتتبع العبد .

قوله : التعدي والأمانات ، في نسخة : والمعاملات وهي الصحيحة .

وأما إن أوصى بكذا وكذا لانتصـــال أموال الناس هكذا فلينفقوا ذلك على الفقراء ، وليس للغني والعبد والمشرك فيها شيء ، لأن سبيل ما لا يعرف سبيله أن ينفق على الفقراء كاللقطة .

وقد ذكر عن ابن مسعود ، أنه اشترى جارية بسبعمائة درهم، فغاب صاحبها فنشد عبدالله حولاً فلم يجد صاحبها فخرج بالثمن عند سدة بابه ، فجعل يقبض ويعطي للمساكين ويقول : أللهم عن صاحبها فإن أبى ، فعني وعليّ الغرم ، وقال : هكذا يفعل باللقطة وبه أمر رسول الله ﷺ ، وإن أمر الميت في هذه الوصية التي لانتصال أموال الناس أن تعطى لفلان فلينفقها الخليفة عليه ، وإن أبى فعلى غيره ، فإن كان الموصى له غنياً أو مشركاً أو عبداً أو من لا تجوز له الوصية ، فلينفق ذلك على الفقراء ولا يشتغل به ، لأن الوصية لا تجوز لهؤلاء المذكورين ، ومنهم من يقول : يفعل الخليفة والورثة مـــا أمروا به ولو أنه لا يجزىء ذلك الميت ، وأما إن لم يمت الموصي إلا وقد افتقر الغني أو أسلم المشرك أو عتق العبد ، فجائز أن ينفقوا عليه تلك الوصية .

وإن كان الموصى له في حال الوصية فقيراً أو موحداً أو غير وارث ولم يمت الموصي إلا وقد استغنى الفقير أو ارتد الموحد أو صار غير الوارث وارثاً، فلا ينفقوا تلك الوصيةعليه وينفقوها على فقراء المسلمين، لأن وصية انتصال أموال الناس ، سبيلها للفقراء كما ذكرنا .

وإن أوصى بكذا وكذا لانتصال أموال الناس،أن يُجعل للمسجد أو في سبيل الله أو للحج أو لوجوه الأجر كلها ، فإنهم يجعلون ذلك فيما أمرهم به .

وأما إن أوصى بهذا الشيء أن ينفق على المسجد أو على الطريق أو على كل من لا تجوز عليه النفقة ، فلا تجوز تلك الوصية ، لأن المسجد والطريق ليسا ممن ينفق عليهم ، وأهل النفقة معروفون ، فإن أوصى بكذا وكذا لانتصال أموال الناس أن ينفق عليه في بلد كذا وكذا أفلا ينفقوه في غيرها ، وكذلك القبيلة على هذا المعنى ، وكذلك إن سمى صنفاً من الناس ، وإن أنفقوه على غيره فلا يجوز ، وجوّز بعضهم ذلك ، لأنه كله سبيل تلك الوصية ، والدليل على ذلك إذا أطلقها الموصي .

وفي الأثر : ووصية الميت على وجهين : وجه ينفع ووجه يضر ولا ينفع ، فليس على الورثة فعله ، والذي يضر إن أمرهم أن يدفنوه في بيت مات فيه أو يدفنوه في الحرير ، فليس على الورثة شيء من ذلك ، ورخص في الذي أوصي أن ينفق عنه في بلد معروف أو على مساكين

قوله : وأهل النفقة معروفون ، ظاهره أن هذه الوصية ترجع إلى الفقراء فيكون معنى قوله : فلا تجوز تلك الوصية ، أي للمسجد والطريق ، بل لغيرهم وهو الظاهر ، والله أعلم .

قوله : ورخص في الذي أوصى الخ ، هذا هو المراد من سوق هذا الأثر .

بلد معروف ، أن ينفق على الفقراء أين ما وجدهم ، وكذلك إن أوصى أن يصلح بهذا المال المسجد الفلاني ، فلا بأس أن يصلح به غيره .

وفي الأثر : وإن أوصى بكذا وكذا لانتصال أموال الناس أن ينفق عنه في الزكاة أو في الكفّارات ، أو أوصى بكذا للزكاة أن ينفق عنه في انتصال أموال الناس ، فالوصية للأول منهما ، وذلك فيما يوجبه النظر ، لأنه لا يجزىء فرض واحد فرضين .

وفي الأثر أيضاً : وإن أوصى بهذا الشيء لانتصال أموال الناس ، فأنفقوه في احتياط أموال الناس أو للزكاة ، فأنفقوه في احتياط الزكاة فلا يجزئهم ذلك ، لأنهم خالفوا ما أمروا به ، وأما إن أوصى بالاحتياط فأنفقوه في الانتصال فذلك جائز ، ومنهم من يجوّز ذلك في الوجه الأول ، وذلك فيما أرى ، لأنه كلها لله حسنات لصاحب المال ، وقد ذكر عن أبي سهل : أن الرجل إذا نوى في ليلة عاشوراء أن كل ما يصومه وما يصلّيه وما يتصدّق به فهو لاحتياط ما عليه من صلاه أو صيام أو احتياط فلا بأس ، وكذلك ما أكله الطير أو السارق أو النملة ، فلا بأس أن ينويه لاحتياط أموال الناس ، قال : وكان أبو محمد وارسفلاس لا يجيز ذلك ،

قوله : أن ينفق على الفقراء الخ ، هذا هو محل الرخصة .

قوله : أو السارق ، يؤخذ منه جواز دفع الاحتياط للفاسق ، يعني إذا كان فقيراً ، والله أعلم .

وهذا كله فيما يوجبه النظر حسنات على صاحب المال ، وذكر أيضاً عن أبي سهل ، أن الذي أفسد في المساجد الكثيرة وأصلح ذلك في مسجد واحد فلا بأس بذلك ، لأن المساجد كلها لله .

وإن أوصى بهذا الشيء للانتصال وللاحتياط ، ولم يذكر أموال الناس فإن الأقرب يأكل ذلك ، لأنها وصية لم تتبين يمكن أن يكون انتصل من الأقرب ومن وصيته ، ومنهم من يقول : يعطى ذلك عليه كما أوصى ، لأن الانتصال معروف وأهله معروفون .

وإن قال : أوصيت بكذا وكذا لانتصال مال فلان أن ينفق عليّ وإن عرف الموصى له فليدفعوا ذلك له، فإن لم يعرفوه فلينفقوا ذلك على فقراء المسلمين ، لأن ما لم يتبين له أهل فأهله الفقراء .

وفي الأثر : وإن أوصى لرجل معلوم لانتصال ماله فلا يدرك عليه ذلك في الحكم ما دام حياً ، وليس على الموصى له زكاة ذلك ولا يحطها الموصي أيضاً ، لأن الظاهر من الانتصال ما لزمه من الأموال مما لا يحكم عليها الحاكم ولا تلزم الورثة إلا بالوصية بها ، فإذا مات الموصي وجبت للموصى له إن كان للموصي مال ، فإن مات الموصى له صارت لورثته من بعده على قدر ميراثهم منه ، وكذلك أيضاً إن أوصى لانتصال مال فلان،

وفلان قد مات، فإن ورثة ذلك الميت يأخذون ذلك على قدر ميراثهم، وكذلك إن أوصى لورثة فلان الميت لانتصال مال مورثهم، فإنما لهم على قدر ميراثهم منه.

وأما إن أوصى لهم لانتصال أموالهم، فإنهم يقسمون ذلك بالسوية، وإن أوصى لرجل بانتصال مال فلان، وفلان المسمى ليس بوارث الموصى له فلا تجوز هذه الوصية، لأن الانتصال ليس هو للموصى له وصاحب الانتصال لم يوص له، وقال بعض: يأخذها المنسوب إليه المال وورثته، وهذا القول عندي أصح، لأن فيه براءة الموصي وللورثة جميعاً، ولأن الموصي أوصى، وإنما أخطأ في وضع الوصية غير موضعها، والله أعلم.

وإن أوصى لرجل أن ينفق عليه كذا وكذا في انتصال ماله، فإنهم ينفقون عليه ذلك ولا ينفقون على غيره ذلك، لأن التباعة له، وإن أبى أن يقبله فإنهم ينتظرونه ما لم يمت، وإن زال عقله فلينفقوه على خليفته، وإن ارتد فليعطوه له، وكذلك إن استغنى.

وإن مات فعلى ورثته على قدر ميراثهم، وخليفة الطفل والمجنون في مقامها إن أوصي لهما لانتصال أموالهما.

وإن لم تكن لهما خليفة، فعلى العشيرة أن يستخلفوا لهما ثقة يقبض

لهما ، وكذلك إن أوصى الميت بالنفقة على الطفل والمجنون فخليفتهما في مقامهما ، وكذلك أيضاً أُم الطفل أو وليّه القائم بأموره ، إذا كان ثقة يقوم مقامه ، وإلا فالوارث يقوم مقام الخليفة حتى ينفد ذلك في مصالح اليتيم ، قال الله تعالى : ﴿ ويسألونك عن اليتامى قـــل : إصلاح لهم خير ﴾ (1) .

---

(1) البقرة : 220 .

باب في وصية الاحتياط

والاحتياط كل ما لم يتيقن به الرجل، أنه كان عليه وخاف على نفسه أن تكون عليه التباعة فيوصي به، لأن من شأن المسلمين أن يأخذوا لأنفسهم الحيطة لما روي أن أبا بكر الصدّيق رضي الله عنه قال: (كنا ندع سبعين باباً من الحلال مخافة أن نقع في باب من الحرام)، وينبغي للمسلم أن يوصي للاحتياط، لأنه قلَّ من ينجو من تباعة الناس إلا من شاء الله إما بالمعاملات وإما بالتعدية، أو ما يدخل عليه من قبل لسانه أو من قبل نظر عينيه أو بطش يديه أو سعي رجليه.

قال الله تعالى: ﴿ إن السمع والبصر والفؤاد كلُّ أولئك كان عنه مسؤولاً ﴾[1]، وقال ﴿ وإن كان مثقال حبة من خردل أتينا بها وكفى بنا حاسبين ﴾[2]، ووزن الخردلة لا يعلمه إلا الله، وكذلك أيضاً ما

---

(١) الاسراء: ٣٦.
(٢) الأنبياء: ٤٧.

يفسده عبده ومواشيه في الأموال والأنفس وما يكون عليه من قبل العيارات والموازين ، والاحتياط إنما يخرج من الثلث،وذهب بعضهم إلى أنه مثل الانتصال .

وفي الأثر : وأما إن أوصى لاحتياط رجل مقصود إليه ، فإنما تخرج من الكل ، فكل ما أوصى به الميت مما يكال أو يوزن لانتصال أموال الناس أو لاحتياط أموالهم ، فعلى الورثة أن ينفقوا ذلك بعينه .

وأما ما لا يكال ولا يوزن من الأصول كلها من الأشجار والأراضي وما اتصل بها ، فإنهم يبيعون ذلك كله بالدنانير والدراهم ، وينفقون ثمنه ، وكذلك ما لا يكال ولا يوزن على هذا الحال ، ومنهم من يقول : ينفقون ذلك كله بعينه .

وإن كانت لرجل على رجل آخر تباعة ، فقال له صاحب التباعة : لا توصِ بها ، فإنه إن حضره الموت وصاحب التباعة حي فليس عليه الوصية بها ، لأن صاحب الحق وسع عليه ، وإن مات صاحب التباعة قبله فقد انتقلت إلى الورثة ، وعليه الوصية لهم بها ، والله أعلم .

باب آخر

وإذا أوصى الرجل بكذا وكذا للمسلمين فجائز ، ويدخل في ذلك المسْلمات لتغليب المذكر على المؤنث ، وحكم النساء تبع لحكم الرجال ، وكذلك إن أوصى للمؤمنين والقانتين وما أشبه ذلك ، وقال بعض : لا يدخل في ذلك المسلمات والقانتات والمؤمنات، وحجة هؤلاء أن خطاب الرجال وخطاب النساء في ذلك مفترق ، وقد ورد به القرآن في قوله : ﴿ إن المسلمين والمسلمات ﴾ الخ الآية ، والقول الأول عليه العمل لشمول الخطاب لهن مع الرجال عند أهل العلم إلا في أمور مخصوصة ، وإذا شملهن الخطاب مع الرجال كان عليهم أن يتصدقوا على المسلمين والمسلمات كيف شاؤوا ، ولا ينظروا إلى التسوية بينهم في ذلك ، وإن قال : أوصيت بكذا وكذا للمسلمين والمسلمات فليتصدقوا بنصفها على المسلمين و نصفها على المسلمات، وإن قال : أوصيت للمسلمين أو للمسلمات فليعطوا للمسلمين جميعاً وللمسلمات ولا يقسمونها بينهم ،

لأن الميت بيّن لمن يعطى له منهم، ومثل ذلك البيان إذا قال: أوصيت بكذا للمسلمات ، فهو للمسلمات دون المسلمين ، والله أعلم .

وإن قال : أوصيت بكذا وكذا للفقراء ، فإنه يدخل فيه الإناث من ذلك الجنس ، ويتصدَّقون بها على الذكور والإناث كيف شاؤوا ، ولا ينظروا في ذلك إلى التسوية بينهم ، وكذلك إن أوصى لليتامى أو للمساكين أو للضعفاء .

وقد ذكر في الأثر : ويدخل في هذا الإناث من ذلك الجنس ويُعطون ذلك لثلاثة فصاعداً وذلك لأنهم لا يقدرون أن يعطوا ذلك للفقراء جميعاً أو اليتامى أو المساكين ، ولكن عليهم أن يعطوا ذلك لأقل ما يقع عليه الجمع .

وإن أوصى لمسلم واحد أو ليتيم أو لمسكين أو لضعيف ، فإنما يعطى ذلك للذكر دون الأنثى كما أوصى .

وفي الأثر : وإن أوصى للأرامل فلا يدخل في ذلك الرجال، ومنهم

قوله : ويتصدقون بها الخ ، ظاهر هذه العبارة يقتضي أنه لا بد من التصدق على الإناث أيضاً ، وأن التوسعة إنما هي في ترك التسوية، وفيه تأمل ظاهره .

من يقول : يدخلون فيه ، وكذلك الأيامى فيهم اختلاف أيضاً ، وسبب اختلافهم في ذلك،هل الحكم على موجب اللغة أو على المعتاد والمتعارف بين الناس ؟ والذي يوجبه النظر عندي ، أن الحكم في ذلك على المعتاد والمتعارف بين الناس وليس بمستنكر ، وقد ورد الشرع بمثل هذا أو غيرت الشريعة كثيراً من اللغة، وجعلتها حقائق في الشرع ومجازاً في اللغة بعدما كانت بالعكس ، كالغائط والنجو والنكاح والايمان والصلاة والزكاة وما أشبه ذلك . والأيامى في لغة العرب : الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء ، أبكاراً وغير أبكار ، قال الله تعالى : ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم ﴾ ، أراد : أنكحوا من لا زوج له من الرجال والنساء ، وكذلك الأرمل على طريق اللغة يقع على الذكور والإناث .

وقد ذكر ابن قتيبة، يقال : امرأة أرملة، ورجل أرمل، قال الشاعر :

أحب أن أصطاد ضبّاً سَحْبلا رعى الشتاء والربيعَ أرملا

أراد لا أنثى له ، لأنه إذا سفد هزل ، وقال يزيد الرقاشيَ : قيل لأعرابي تمنَّ ، فقال : ضباً أعور عنين بأرض كلدة ، طلبه عنيناً لأن الماء إذا بقي في ظهره كان أسمن له ، وطلبه أعور لقلة التفاته ، والأرض

---

(١) النور ٣٣ .

الكلدة : الغليظة .

وإذا كانت الضباب في الحجارة وبالبعد من الماء كان أسمن لها ، وذكر عن الشعبي في رجل أوصى لأرامل بني حنيفة فقال : يعطى من خرج من كمرة حنيفة ، وأنشد أيضاً :

هذي الأرامل قد قضَّيت حاجتها	فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

والمتعارف بين الناس ما ذكرناه ، وقد ذكر ابن قتيبة أيضاً : وإنما يقع الفتيا على المشهور المتعارف المعروف ، وعلى قدر الموصي وطبقته في الناس ونيته، وسئل ابن عباس عن رجل مات وأوصى ببدنة، أتجزىء عنه بقرة ؟ فقال : نعم ، ثم قال : وممن صاحبكم؟ قيل له : من بني رباح، فقال : وما اقتنت بنو رباح البقر ، إلا الإبل وَهَمَ صاحبكم ،أي ذهب وهْمُه فلم يجعل الفتيا على ما يحتمله اللفظ عنده ، ولكنه قصد بها إلى النية ، ولو أن رجلاً قال : ثلث مالي لموالي ، لم يكن إلا لمواليه بالعتاقة دون بني عمه وقرابته وهم أيضاً مواليه ، قال الله عز وجل ﴿ وإني خفت

قوله : من كمرة حنيفة ، الكمرة رأس الذكر ، يعني فأتى بما يشمل الإناث.

قوله : وَهَمَ صاحبكم ، لعل المراد به ابن عباس، لأنه هو الذي وهم في الحقيقة ، حيث أجاز البقرة ، والله أعلم .

الموالي من ورائي ﴾[1] ، أي العَصَبَة ، ولو قال : للغلمان ، لم يكن إلا للذكور ، وقد تقول العرب للجارية : غلامة ، قال الشاعر في وصف فرس : يُهان لها الغلامة والغلام، ولو قال: للرجال ، لم يكن إلا للذكور دون النساء ، وقد تقول العرب للمرأة : رجلة ، قال الشاعر :

كل جار ظل مغتبطاً غير جيران بني حيلة
هتكوا حبيب فتاتهم لم يسألوا حرمة الرجلة

وهذا من الألغاز الذي لا يذهب العلماء إليها ، والله أعلم .

وإن أوصى لابن السبيل أو للمجاهدين أو للمصلين أو للحجاج أو للمعتكفين أو للصائمين فذلك جائز كما ذكرنا، وكذلك للبر أو للأفضل البر ولأولي البر ، وكذلك إن أوصى بكذا للمسجد أو للمصلى أو للكنيسة التي أُسست على التقوى أو للكعبة أو للمقبرة أو لوجه من وجوه البر كلها فذلك كله جائز على ما أوصى به .

وفي الأثر : وإن أوصى لبني فلان،وهم قبيلة لا يحصون، فالوصية

قوله : لبني فلان ، كأنه بدل من قوله : لبطن أو فخذ .

---

(١) سورة مريم : ٥ .

باطلة ، لأنه لا يعلم كل انسان منهم ماله ، وإذا أوصى لفخذ أو لبطن يُعرفون ويحصون بثلث ماله لبني فلان ، فإن الثلث بينهم والذكور والإناث فيه سواء ، قد يحسن ها هنا أن يقال : هذه المرأة من بني فلان ينسبها إلى قبيلتها ، وإن لم يكن على هذا إلا الإناث فالوصية لهن ، لأنه أراد من ولد فلان ، فهذا الذي ذكرناه في القبيلة .

وأما الأب الأدنى إذا قال : أوصيت بكذا وكذا لبني فلان وفيهم ذكور وإناث، فالوصية للذكور دون الإناث ، وقد وردت اللغة بلفظ البنين يقع على الذكور دون الإناث ، قال الشاعر :

بَنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتُنَا ... بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْأَبَاعِدِ

وبعضهم يقول : الذكور والإناث في هذا سواء ، وخطاب النساء داخل في خطاب الرجال ، وأما إن قال : أوصيتَ بكذا وكذا لأولاد فلان ، فالذكور والإناث فيها سواء .

قال الله تعالى : ﴿ يوصيكم الله في أولادكم للذكر مِثْلُ حظّ الأنثيين ﴾ [1] ، وكذلك إن قال : لولد فلان ، فالولد يقع على الواحد

---

(١) النساء : ١١ .

والإثنين والجمع .

وإن أوصى لبني فلان وليس لفلان إلا البنات ، فإنهن يأخذن ذلك كله لأنه أراد من ولده فلان ، وكذلك إن لم يكن لفلان إلا بنو ابنه ، فإنهم يأخذون ذلك لأنهم بنوه ، وسواء في هذا أولاده مشركين كانوا أو عبيداً لأنها وصية ، وأصل الوصية الهبة ، ويدخل في هذا ابنه المشرك والمختلط لوقوع الاسم عليه .

وإن لم يكن له إلا ابن واحد أو ابنة واحدة وقد قال : لبني فلان أو لأولاد فلان ، فإنه يأخذ ذلك الإبن أو الابنة ، لأن العموم يخرج على الخصوص في لغة العرب .

وفي الأثر : وإن أوصى الرجل لبني فلان بكذا أو كذا، فمات بنو فلان قبل موت الموصي فقد بطلت الوصية ، وكذلك إن أوصى لبني فلان بكذا وكذا وليس يومئذ لفلان بنون، فَوُلِدَ بعد ذلك أولاداً فمات الموصي ، فليس لهم في الوصية شيء إذا حدثوا بعد الوصية،لأنهم لم يوص لهم .

وأما إن قال : أوصيت لما يلده فلان بكذا وكذا، فَوَلَدَ بعد ذلك

أولاداً فلهم الوصية فيما بينهم وبين الله ، وأما في الحكم فليس في ذلك ما يحكم به الحاكم ، لأن الوصية وقفت على معدوم .

وفي الأثر : وإن مات أحد من بني فلان الموصى لهم قبل أن يأخذ سهمه من الوصية ، فإن ورثته في مقامه .

وأما من ولد منهم بعد موت الموصي ، فلا يأخذ من ذلك شيئاً ولو أنه جنين في حال موت الموصي ، ومنهم من يقول : إنما يأخذها من حضرها من بني فلان في حال القسمة ، وهذا إذا كانوا قبيلة .

وأما إذا كانوا قوماً مخصوصين فلا، لأن وصية القبيل على العموم، والعموم يصلح للعموم وللخصوص .

وإن أوصى لأبوي فلان فجائز ، والقسمة بينهم بالسوية ، وكذلك إن أوصى لإخوة فلان أو أجداده أو أعمامه أو أزواجه على هذا الحال .

وفي الأثر : وإن أوصى رجل بعشرة دنانير أن ينفقوا على فقراء أهل كذا ، فلا ينفق ذلك إلا على فقراء أهل ذلك المنزل وينفق عليهم في ذلك المنزل وفي غيره .

وإن أوصى بعشرة دنانير أن ينفقوا عنه على فقراء منزل كذا وكذا فينفق ذلك على من وطن ذلك المنزل، كان من نسب أهل ذلك المنزل أو من غيره، وينفق عليه ذلك أيضاً في ذلك المنزل أو في غيره.

وإن أوصى أن ينفق عنه في منزل كذا وكذا على الفقراء، فينفق ذلك على جميع من وجد في ذلك المنزل، من المسافر والسائل وغيره إذا كان من أهل المسكنة، ولا ينفق عنه ذلك في غير ذلك المنزل، فإن وجدوه خالياً فليأتوا إليه بالفقراء من المنازل، فينفقوا عليه فيه، ولا ينفقوا في غيره، فإنهم ما بين هذه المسائل الثلاثة، وإن أوصى بكذا وكذا أن ينفق عليه في منازل كذا وكذا أو لمسجد كذا وكذا، فوجدوا في تلك الناحية منزلين ومسجدين، فليجعلوا ذلك في أول منزل أو أول مسجد، فإن لم يعرفوا الأول من تلك المنازل أو المساجد فيقسم ذلك بينهم في قول المرخصين.

وإن اقتسموا ذلك بينهم ثم علموا بعد ذلك الأول منهم فقد أجزأهم في قول المرخصين، ومنهم من يقول: يعيد ذلك كله في الأول ويعتدوا بما جعلوا فيهم أول مرة في القسمة، وأصل المسألة فيها يوجبه النظر ما جوّزه الشرع فقد مضى لسبيله، وإن أوصى بكذا وكذا للعبيد أو

للمشركين أو للكافرين أو اللاعنين أو للعاصين أو للشياطين أو المردة أو الجن أو الملائكة أو الأغنياء ، فإنهم ينفقون ذلك على فقراء المسلمين ، وهؤلاء الأصناف المذكورين ليسوا من أهل الصدقة ، ولا تجوز لهم الوصية إلا لقوم مخصوصين ، مثل العبيد أو المشركين أو الأغنياء فيجوز لهم على وجه الحق والصلة .

وأما الوصية على العموم ، فليست بصلة ولا حق فتجوز لهم ،فتعطى نفقراء المسلمين ، لأنه قد أخطـــأ في وضع الصدقة فيصلح ذلك الخطأ بأن يجعل في فقراء المسلمين ، ومنهم من يقول : لا تجوز تلك الوصية .

وفي الأثر : وإن أوصى لكنائس أهل الكتاب أو أوصى بكذا وكذا بدنة ينحرها أهل الكتاب في كنائسهم أو لأعيادهم ، أو أوصى لصنف من أصناف الملاهي كلها أو أوصى لما حرّم الله أن يشترى من ماله فينفق عنه ، مثل الخمر وجميع المحارم فلا يجوز ، ومنهم من يقول : ينفقون ذلك على فقراء المسلمين ، لأن الله عز وجل قال : ﴿ فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً الآية ﴾ [1] .

---

(١) البقرة : ١٨٢ .

وفي الأثر : وإذا أوصى الرجل بوصية للفقراء الذين خلف الماء فيتصدقوا بها على الفقراء الذين خلف الماء كما أوصى ، ومنهم من يقول : يتصدق بها على فقراء أهل بلده وبلدنا هذه خلف الماء في قول بعضهم ، وكذلك إن أوصى بعشرة دنانير أن تنفق عليه ببغداد أو الأندلس أو غيرها من البلدان البعيدة ، فينفق ذلك في البلد الذي أمر به الميت ، ومنهم من يقول : بالرخصة أن ينفق ذلك في بلد الميت إذا منعوا من الوصول إلى تلك البلد مخافة على أنفسهم ، وأصل المسألة فيما يوجبه النظر ، أن أهل الصدقة معروفون وهم الفقراء ، وإذا حضر الميت بها صنفاً ما ، مثل إن أوصى أن يتصدق بكذا على فقراء بلد ما ، فإذا امتثلوا ما أُمروا به فقد أدُّوا ما عليهم بالإجماع وهو الصحيح ، فإذا وضعوها على الفقراء من غير تخصيص ، فقد وضعوها في موضعها في قول بعضهم ، وعلى قول الآخرين ، قد خالفوا ما أُمروا به ، فإذا خالفوا ما أُمروا لم يمتثلوا ما أُمروا به .

فإذا لم يمتثلوا فالحق باق عليهم ، ويدل أيضاً على قول الأولين ، أنه إذا أوصى أن يتصدق على الأغنياء أو العبيد أو المشركين فلا تجوز ، وترجع على الفقراء من المسلمين ، لأن الميت وضعها في غير

موضعها ، وأهل الصدقات معروفون ، كان فيه دليل أن تخصيص الميت بها صنفاً من أهلها تخصيص تخيير لا تخصيص وجوب ، وذكر الصدقة أيضاً أو الفقراء يدل على هذا ، والقول الآخر هو الصحيح ، لأن فيه براءة ذمة الورثة بالإجماع إلا بالضرورة ، والله أعلم .

باب الوصية في الاجر وفي سبيل الله

وإذا أوصى رجل بكذا وكذا من ماله أن تكون حبساً في سبيل الله فلا يجوز عند أصحابنا من ذلك شيء .

وفي الأثر : سألت أبو المورج وابن عبد العزيز في الرجل أوصى أن يجعل داره وأرضه أو شيئاً من ماله حبساً في سبيل الله ، قال أبو المورج : سئل أبو عبيدة وأنا جالس عنده عن ذلك ، فقال : كان ابن عباس يقول : إنما كان الحبس قبل أن تنزل سورة النساء ، فلما نزلت سورة النساء نسخت الفرائض الحبس ، قال ابن عبد العزيز : ليس في هذا اختلاف عند أصحابنا وفقهائنا الذين نأخذ عنهم ، أنه لا حبس عن فرائض الله ، إلا أن ابن عبد العزيز قال : وأنا أُجيز من الحبس ما كان من سلاح يحبس في سبيل الله يقوى به المجاهدون في سبيل الله ، قلت : فإن المجاهدين في سبيل الله الذين يحبس عنهم ويعطيهم إياه أَهُمُ

الذين يخرجون إلى الروم ويجاهدون ؟ قال : هو سبيل الله لا شك فيه إن شاء الله ، ومجاهدة أهل البغي من أهل التوحيد الذين نقضوا العهد وانتهكوا المحارم وهو أعظم الجهاد، وأكبر من هذا تدينُهم وتقولُهم على ربهم أن الله أمرنا بهذا ودعانا إليه وفرضه علينا ، قال ابن عبد العزيز : فالتقوية بهذا السلاح الذي ذكرت أنه يُجعل في سبيل الله والذي أعلمتك أجيز الحبس فيه وحده من السلاح أن يجعل لإمام المسلمين ومن قبله من المسلمين الذين فارقوا أقوامهم من أهل الأهواء المضلة والبدع الجائرة وأن يقووا ويعاونوا على من ناصبهم وباينهم من المخالفين لدينهم والصادِّين عن سنةّ نبيّهم ، قلت له : وكذلك لو حضر رجلاً من المسلمين الموت وقال : اجعلوا كذا وكذا من مالي في سبيل الله ، ولم يسمِ جهاداً ولا تقوية المجاهدين في سبيل الله ، قال ابن عبد العزيز : إن كان ذلك المال الذي جعله في سبيل الله سلاحاً ، فإني استحسن هنا آن يقوى به المرابطون في سبيل الله ، وإن كان ذلك المال ذهباً أو فضة أو بقراً أو إبلا أو أرضاً أو نحو ذلك مما يباع فإني أجعله في سبيل الله أو في حج أو عمرة أو صدقة أو عتق أو صلة قرابة أو شيء من خصال الخير ، فهو كله

قوله : الذين يخرجون إلى الروم ، فيه استفهام مقدر ، على حد قولك : نعمة تمنها .

في سبيل الله حيث ما وجد من هذه الأمور التي ذكرت لك ، فقد أجزأ عنه إن شاء الله ، وقد أصاب في أنه جعلها في سبيل الله .

وفي الأثر : وإن أوصى رجل بفرسه أن يركبه فلان في سبيل الله ما دام حياً فذلك جائز ، وكذلك السلاح على هذا المعنى ، وإن جعل لذلك مدة فهو إلى تلك المدة ، وإن لم يجعل لذلك مدة فحتى يستوفي الثلث وليس له أن يستعمله في غير الوجه الذي أوصى به ، وكذلك إن جعل هذا الكتاب أو المصحف أن ُيقرأ فيه للثواب ، فـــلا يجوز للورثة أن يمنعوهم لمن يقرأ فيهم ، إلا لمن خافوا أن يفسدهم ، والله أعلم .

وفيه أيضاً : وذكر عن عكرمة عن ابن عباس ، قال : كان الحبس قبل أن تنزل سورة النساء ، فلما نزلت سورة النساء قال رسول الله ﷺ : (لا حبس) ، يعني أن الفرائض نسخت الحبس ، قال ابن عبد العزيز : وأنا أجيز من الحبس ما كان صدقة أو سلاحاً أو كراعاً في سبيل الله ، فما كان من حبس من ذلك قد حبسه في سبيل الله في حياته وأمضاه فهو

قوله : فحتى يستوفي الثلث ، أي بأن يقدر عناؤه في كل غزوة مثلاً إلى أن يبلغ الثلث ، والله أعلم .

قوله : وأنا أجيز من الحبس الخ ، لقائل أن يقول : ليس له أن يجيز شيئاً من الحبس ، لأن لا حبس نكرة في سياق النفي ، فتمم .

جائز من جميع المال ، وما كان من حبس قـــال صاحبه : إن مات فهو حبس أو جعله في مرضه فهو من الثلث .

وفي الأثر : وإن جعـــل شجرة أو جباً أو نهراً للثواب فجائز ، وكذلك المطحنة وكذلك جميع الحيوان والأمتعة ، ولا يجوز للورثة أن يمنعوا من ذلك أحداً ممن يجوز له الانتفـــاع بذلك ، ولا ينتفع الورثة بشيء من ذلك إلا إن أذن لهم الميت إلى ذلك ، وهذا كله إذا كانت وصية ، وأما إذا جعل ذلك في حياته للأجر فورثته وغيرهم في ذلك سواء ، لأنه لم تكن في حياته وصية ، ومثل ذلك أيضاً إن أوصى بهذه الأرض لمن يدفن فيها فلا يدفنوه فيها ولا ورثته، لأنها وصية ، ولا وصيةلوارث وإن جعلها في حياته للمقبرة صارت للمقبرة وهو وورثته والناس فيها سواء ، لأنها صارت مقبرة وخرجت من ملكه ، وأما إذا أوصى بها للمقبرة فهي للمقبرة على قول بعضهم ، ومنهم من يقول : يبيعون تلك الأرض ويجعلون ثمنها لمصالح المقبرة ، ومثل ذلك أيضاً إن أوصى بهذه الأرض للمسجد يجعلون ثمنها في المسجد على قول بعضهم ، وعلى قول الآخرين : يمسكونها ويجعلون غلتها للمسجد ولا يجعلون ذلك لغير ما

قوله : إلا إن أذن لهم الميت ، يعني وأذن بعض الورثة لبعض ، لقوله عليه السلام : (لا وصية لوارث) .

أوصى به ، وكذلك أيضاً إن أوصى بكذا وكذا لمصباح المسجد أو لحصيرها أو لزقاقها أو لقلالها التي يسقون فيها الناس ، فلا يجعلون ذلك للمسجد من هذه الوجوه التي أوصى بها لغير المسجد ، ورخص بعضهم في ذلك ، وكذلك ما بين المسجد والمصلى فلا يجعلون ما أوصى به لأحدهما لغير ما أوصى به ، ورخص بعضهم فيما أوصى به للمصلى أن يجعل للمسجد لأن المصلى تبع للمسجد ، وإن أوصي للمسجد ولم يسمها بعينها ، فإنهم يجعلون ذلك في مسجد منزله وهو أحق من غيره ، وإن كان في منزله مساجد شتى ، يجعلون ذلك في مسجده وهو أحق وأولى له ، وإن لم يكن له مسجد فيجعلون ذلك في أقرب المساجد إليه . وقال بعض : يجعلونه حيث شاؤوا حيث لم يسمِ ، وإن سمى مسجداً فلا يجعلون في غيره إلا إن خرب ذلك المسجد أو لم يصلوا إليه بمعنى من المعاني فيجعلوه في مسجد من المساجد غيرها،والأصل في هذا فيما يوجبه النظر ، أن المساجد كلها لله ، وإن كان الميت من أهل الخلاف ولم يسمِ مسجداً والورثة من أهل الدعوة فإنهم يجعلون ذلك لمسجد أهل الدعوة ، وإن كانت امرأة فمسجد قرابتها إذا لم تسمِ مسجداً لأنها مسجدها .

وفي الأثر : وإن أوصى لمسجد أهل الخلاف أو لكنيسة اليهود فلا يشتغلون بذلك ويجعلون ذلك في مسجد أهل الدعوة ، فدلَّ ذلك

منهم أن وصيته لمسجد أهل الخلاف خطأ منه ، وضعها في غير موضعها فردّوها في موضعها فلا بأس ، لقوله تعالى : ﴿ فمن خاف من موصٍ جنفاً أو إثماً فأصلح بينهم فـــلا إثم عليه ﴾ [1] ، وإن أوصى بكذا وكذا لإمام مسجد كذا وكذا أو لمؤذنها أو لقائمها أو للتلامذة الذين كانوا فيه ، فجائز ، وإن بيَّن الميت الموصى له بذلك من هؤلاء فليدفعوها له ، وإن لم يبيّن لهم ذلك فإنما ينظرون في ذلك إلى من كان في ذلك الوقت عند موت الموصي .

وفي الأثر : وإن أوصى لصفة معلومة من الناس ولم يقصدهم، فإنهم ينظرون إلى تلك الصفة يوم مات الموصي، ومنهم من يقول: يوم ينفّذون الوصية : وذلك لأن القسمة لها تأثير في ذلك وقد ذكرناه ، والله أعلم .

قوله : وإن أوصى لصفة معلومة ، أي لأهل صفة .

---

(١) سورة البقرة : ١٨٢ .

باب الوصية بالحج والعمرة

والوصية بالحج جائزة ، وأصل جوازها ما روي (أن المسلمين قالوا: يا رسول الله أنحج عن أبوينا ؟ قال : نعم حجوا عنهم) فمضت السنَّة بهذا أن يحج عن الأموات ، وإن مات ولم يوصِ به بعد ما وجب عليه مات كافراً كما قال الله ، وشدَّد بعضهم وقال : من تركه بعد ما لزمه من غير عذر حتى يقضيَ الحجاج مناسكهم فهو هالك ، وأصل المسألة هل هو فرض على الفور أم على التراخي ؟ وينبغي للمسلم أن يحج مرتين : الأولى فريضة ، والثانية حوطة ويوصي بالثالثة ، وإذا أراد أن يوصي بالحج فيقول : أوصيت بكذا وكذا للحج أو أوصيت بالحج أو أن يُحجَّ عني فكل هذا جائز ، وكذلك العمرة وإن كان إنما وجب عليه باستطاعة السبيل فليوصِ بالحج والعمرة جميعاً لأنهما فريضتان عند أصحابنا ، وقد ذكرنا ذلك في باب الحج وإن وجب الحج بالحنث أو أحرم به فانكسر فليس عليه أن يوصي إلا بالحج .

وفي الأثر : وإن أوصى بالحج ولم يذكر العمرة فليحج عنه ، لأن الحج لا يجب إلا وقد وجبت العمرة ، وقيل : بأن يحج عنه فقط وليس عليهم ما لم يؤمروا به ، وإن أوصى بالعمرة ولم يذكر الحج فليس عليهم إلا العمرة وإن أساغ الورثة ذلك يعني إذا أوصى بالحج ولم يذكر العمرة لوجود الاختلاف بين العلماء هل هي فريضة أم لا ؟ وإن أوصى بكذا وكذا ديناراً لاحتياط الحج فليحجوا عنه بذلك ، وإن أوصى بكذا وكذا لطريق مكة فليصلحوا بها ما وعر من طريق ، على ظاهر لفظه ، وقال بعض : يحجوا عنه بذلك لأن الحج لا يدرك إلا بالزاد ، وإن أوصى بالحج هكذا ولم يسم شيئاً مما يحج عنه فليستأجروا من يحج عنه بما شاء من ذهب أو فضة أو متاع أو حيوان أو ما أشبه ذلك من حيث لم يسم شيئاً ، وإن أوصى بكذا وكذا من ماله للحج أو في الحج فجائز ، فإن الورثة أو الخليفة يساومون فإن لم يصيبوا في ذلك إلا ما يحج به عنه مرة واحدة فليعطوه في حجة وإن أصابوا حجتين أو ثلاثة فإنهم يعطوا في كل سنة حجة لأنها لا تكون في السنة إلا حجة واحدة كالصوم إذا أوصى ثلاثة أشهر للقضاء فلا يصام عنـــه تلك الثلاثة الأشهر في شهر واحد ، مثل : إن أراد أن يصومهم ثلاثة من ورثته كل واحد منهم شهراً مثل ذلك الحج يعطون في كل سنة حجة ، وإن بقي من ذلك ما لم يتم به

الحج فليساوموا بذلك فيما دون الميقات، وإن لم يصيبوا حجة تامة فيما دون الميقات فليشاركوا له مع غيره ممن قلَّت وصاياه مثله ، ويكون الحج بينهم على قدر أموالهم ولو اختلفت الوصايا في القلة والكثرة ، والشركة في الحج إنما هي اثنان ، وقيل : بالرخصة في ثلاثة وكذلك في العتق ، وقيل : يشترك ما دون سبعة مثل البدنة ، أعني ما روي أنه ﷺ (أجاز أن تشترك الجماعة في البدنة) ولا يجاوز بعددهم السبعة ، ويشترك الرجل مع المرأة وصاحب الفريضة مع صاحب النافلة .

وفي الأثر :ولا يشاركوا صاحب الحج دون العمرة مع صاحب العمرة دون الحج ، وصاحب العمرة دون الحج مع صاحب الحج دون العمرة ، ويشاركوا لصاحب العمرة مع صاحب العمرة على ما ذكرنا في الحج من الفريضة والنافلة والكثرة والقلة في الوصايا ، وذلك فيما يوجبه النظر لأن الشركة إنما تجوز وتصح في الجنس ، ولذلك قيدوا على ما ذكروا في

قوله : مع صاحب النافلة ، ترك رحمه الله صاحب الفريضة ، ولعله لا يصح لأنه لا يؤدى فرضان بفرض واحد والله أعلم .

قوله : ولا يشاركوا صاحب الحج دون العمرة الخ. بقي عليه قسمان آخران: أحدهما اشتراك صاحب الحج دون العمرة مع صاحب الحج والعمرة ، والثاني اشتراك صاحب العمرة دون الحج مع صاحب العمرة والحج ، والظاهر الامتناع أيضاً لأنه يشترط اتحاد الجنس والله أعلم .

الوصية ، وكذلك بين الحج والعمرة .

وفي الأثر أيضاً : ولا يشتركوا مع الصبي أو المرأة أو العبد أو الخنثى والله أعلم . ولا يصح أن يحج الرجل عن نفسه وعن غيره معاً في حجة واحدة والله أعلم . وكذلك أيضاً الحج على الأموات وعلى الأحياء مختلف والله أعلم . وإن أوصى بحجتين أو أكثر ولم يجدوا في ثلث ماله أو في ما سمي إلا ما يقابل حجة واحدة فليعطوا ذلك عليه في الحجة الواحدة إذا لم يجدوا غير ذلك ولو كانت إحداهن فريضة والأخرى نافلة ويجعلون نواهم في ذلك كله على نوى الميت ، وكذلك في العتق ولا تكون الشركة له في وصاياه لنفسه مثل غيره ، أعني في حجتين أو ثلاثة أو أكثر والله أعلم . وإن اشتركوا له في حجتين مع رجلين مع كل واحد منهما حجة أو رقبتين مع رجلين مع كل واحد منهما رقبة فلا بأس بذلك ، لأنها شركة سواء كانت في وصاياه أو مع غيره ، وإن لم يجدوا مشاركة فليعينوا بذلك من قلَّت نفقته من الحجاج ، ويعطوا ذلك للواحد وللإثنين وما فوق كما شاؤوا ، وليعطوا للقريب والبعيد ما لم يكن

قوله : ولا يشتركوا مع الصبي الخ . الظاهر أن هذا الأثر مقابل لما تقدم من جواز المشاركة بين الرجل والمرأة وهو المتبادر من اشتراط اتحاد الجنس .

قوله : حجتين مع رجلين ، أي في غير سنة واحدة كما تقدم والله أعلم .

وارثاً للميت أو وارثاً للوارث هكذا ذكروا في الأثر .

وفي الأثر أيضاً : وإن أعانوا من عجزت عليه النفقة من الحجاج فقد برئوا من ذلك ويكون للمدفوع له ذلك ، وإن انكسر عليه العسر بمعنى من المعاني فإنه يرد ذلك لورثته ، ومنهم من يقول : يمسكه وليس عليه تباعة ولا وصية وليس على الورثة منه شيء ، وهذا القول عندي أشبه لقوله تعالى : ﴿ يريد الله بكم اليسر ﴾[1] ، وأما إن أعانوا به رجلاً فتبين لهم أنه عبد أو مشرك أو من لا يجوز له الحج فإنه لا يجزيهم ذلك والخطأ في الأموال لا يزيل الضمان ، وكذلك من دفع وصية الحج لأحد من هؤلاء فلا يجزيهم ذلك ويضمن الورثة أو الخليفة ويغرموهم ما دفعوا إليهم ، وأجاز بعضهم حج العبد عن الحرّ بإذن سيده ـ والله أعلم ـ لأنه مكلف مثل الحر في باب التكليف ، وإن انقطع الطريق فإنهم يعزلونها

قوله : وان انكسر عليه العسر الخ . بأن كثر الخير وصار ما معه كافياً له واستغنى به عما أعانوه به فإنه يرده للورثة ، والحاصل أن من نظر إلى الانتهاء أوجب الرد ، ومن نظر إلى الابتداء وإجازة الشرع لذلك قال: لا يرد والله أعلم، وفي نسخة صحيحة : وإن انكسر عليه الحج وهي الظاهر لقوله بمعنى من المعاني .

---

(١) البقرة : ١٨٥ .

ويدفنونها ويستشهدوا عليها العدول ولا يبرؤون منها ولا ينفقون منها إلا أن أذن لهم الميت ، لأنها وصية لا يعملون فيها إلا ما أُمروا مع أنهم يرتجون أن يعملوا فيها بما أُمروا .

مســألة :

وإن أوصى بكذا وكذا لمن يحج منهم عنه أو أن يحج منه أو أن يحج منها عنه فإن الورثة يعطون لمن يحج عنه حجة واحدة ، لأن من تدل على البعض في كلام العرب ويأكلون البقية ، وقيل : ان تلك البقيـــة للأقرب لأنها وصية لم تتبين فرجعت إلى الأقرب ، وإن أوصى بكذا وكذا ديناراً لمن يحج بهم عنه أو يحج بها عنـه أو أن يحج به عنه فإنهم يعطون ذلك كله لمن يحـج عنه ، ولو وجدوا من يحـج ببعضهم عنه حتى يعطوهم كلهم لرجل واحد كما قال الميت ، وهذا منه وصيه لمن يحج عنه ، وإن قال : أوصيت بعشرين ديناراً لمن يحج بهم عني منهم فليعطوها عليه لمن يحج عنه . وقد تمت الوصية عند قوله : لمن يحج بهم عني ، وقوله منهم باطل ، وكذلك إن قال : أوصيت بعشرة دنانير لمن يحـج منهم عني بهم ، فإنهم يأكلون البقية في هذا الوجه ، وقد تمت الوصية عند قوله : لمن يحج منهم عني ، وقوله بهم بعد تمام الوصية باطل والله أعلم . وإن أوصى بعشرة دنانير لفلان أن يحج بها عنه فليدفعوها له كما أوصى الميت ولا يعطوها

لغيره ، فإن أبى فليطلبوه إلى ذلك حتى يموت أو يجيب ، وإن تلفت الدنانير في تلك المدة فليس عليهم شيء إن لم يضيعوا والله أعلم . وإن قال : حُجُّوا عليّ أو حجوا عني،فإنهم يحجون عنه لأنها وصية ، والوصية من الثلث ولأن الحج لا يدرك إلا بالزاد ، وإن قال لهم حجوا : فليس عليهم شيء ، لأن هذا أمر منه لهم .

وفي الأثر : وإن أوصى للحج بالدنانير أو بالدراهم فليس للورثة أن يدفعوا للوصي إلا الدنانير أو الدراهم، إلا إن جوَّزهم الميت إلى غير ذلك فلهم ذلك كائناً ما كان ، وإن أوصى بغير الدنانير والدراهم فإنهم يبيعون ذلك بالدنانير والدراهم ويدفعونه للوصي أن يحج على وارثهم ، وإن أوصى بالدنانير فلهم أن يعطوا الدراهم في الدنانير،والدنانير في الدراهم، ومنهم من يقول : كل ما أوصى به للحج فجائز لهم أن يدفعوه لمن يحج عن وارثهم ، وهذا القول عندي أصح إلا إن لم يجدوا ذلك فليبيعوا بالدنانير أو الدراهم ثم يدفعوهم للوصي وإنما يراعى في ذلك ما يصلح للميت والله أعلم .

مســـألة :

قوله : حتى يموت ، لم يتعرض رحمه الله تعالى لما إذا مات والظاهر أنها ترجع إلى الورثة أو إلى الأقرب قياساً على المسألة الأولى والله أعلم .

قوله : يدفعونها : أي الورثة للوصي ، والوصي يدفع لمن يحج .

مســـألة :

وفي الأثر : وإنما يدفع الورثة أو الخليفة وصية الحج من بيت الميت، ومنهم من يقول : من قبره ، ومنهم من يقول : من مصلاه ، وإن دفعوها من أي موضع أرادوا من منزل الموصي فقد أجزأهم ، وإن دفعوها من غير منزله فلا يفعلوا ذلك ، فإن فعلوا فقد أجزأهم فيما دون الميقات ، والصحيح من بيته لأنها وصية،فعليهم أن يمتثلوا ما أمروا به ولا يدركون هذا إلا بموته .

وفي الأثر : ويحج عن الميت من بيته الذي مات فيه أو في غـــيره أو أوصى فيه أو في غيره إلا إن مات على طريق الحج وهو ينويه فليحج عنه من الموضع الذي مات فيه .

وفي الأثر : سئل عن قوله : تمام الحج أن تحرم من دويرة أهلك ؟ قال : هو أن تخرج من أهلك لا تريد إلا الحج والعمرة وتهلّ من الميقات الذي وقّته رسول الله ﷺ ليس أن تخرج لتجارة أو حاجة حتى إذا كان قريباً من مكه قال : لو حججت أو اعتمرت ، فهذا الخبر فيما يوجبه

مســـألة :

قوله : لو حججت أو اعتمرت الخ . يعني فنوى الحج أو العمرة من هناك

النظر أثبته حجاً ، غير أن من تمامه أن يقصد من منزله ، وهذا في الحي ، والميت أشد من هذا لأنه وصية ، والله أعلم .

وفي الأثر : وإن أوصى بحجات مفترقات إن كان يجاور الوارث أو الوصي بالمدينة حتى يقضيهن ، قال : لا يفعل ذلك فإن فعل فلا بأس .

وفي الأثر : إذا مات الحاج في طريق الحج فليسيروا عنه من ذلك الموضع الذي مات فيه ، وإن لم يفعلوا ذلك حتى ساروا يوماً أو يومين أو أقل من ذلك او اكثر فليسيروا عنه من ذلك الموضع وليُكروا عليه من يسير من الموضع الذي مات فيـه إلى الموضع الذي ساروا عنه منه ، وإن لم يجدوا فليسيروا عنه من الموضع الذي اعطوا منه الحج عليه إلى الموضع الذي مات فيه راجعاً ولا بأس بذلك ، وسواء في ذلك رجعوا من الطريق الأول او غيره إذا تعذر الطريق .

مســـألة :

وإنما ينبغي للورثة أن يدفعوا وصية حج وارثهم للمسلم الذي قد حج

فإن حجه صحيح إلا أنه غير كامل حيث لم يخرج على نيته ابتداء .

قوله : فليسيروا عنه ، يعني إذا أوصى .

لنفسه قبل ذلك ولا يدفعونها لمن لم يحج لنفسه، لأن بعض العلماء لم يجوزوا ذلك لقوله عليه السلام للذي سمعه يلبي عن الغير : إنْ كنت حججت لنفسك وإلا فحج لنفسك ثم حج عن غيرك)[1] ، وبعضٌ جوَّز ذلك على معنى الإجارة ، وإن لم يجدوا مسلماً فليدفعوها لمن وجدوا من أهل الدعوة ممن يرجى فيه الصدق والأمانة ، وإن لم يجـــدوا إلا المخالفين فليدفعوها لمن لم يخافوا منه أن يأكلها، ويحج الرجل عن الرجل، والرجل عن المرأة، والمرأة عن الرجل فيها قولان : بعضٌ جوَّز وبعض منع ، وذلك فيما يوجبه النظر لأن المرأة ناقصة عن الرجل في بعض المناسك والله أعلم . ولا يحج الرجل إلا على المتولى أو المتولاة ، ومن حج على المنافق أو المنافقة فقيل : انه هالك ، لأنه إن أكلها ولم يحج عنه ولم يوص بها فقد هلك لأنه خان ، وإن حج بها ولبّى له واستغفر له ، فقد هلك أيضاً والله أعلم . والوصي لا يصيب مثل ما يصيب من يحج لنفسه في إماطة الأذى أو الضحية إذا لم يجد فلا يصيب أن يصوم لها مثل من حج لنفسه لأنه أخذ بإجارة ، فعليه أن يأتي به كاملاً والله أعلم . وإن حضره الموت

قوله : فقد هلك من أجاز أن يحج عنه ، يقول : يلبي عنـــه ولا يستغفر فلا يهلك .

(١) تقدم ذكره في كتاب الحج .

في الطريق قبل أن يحج فليوص لمن يحج على صاحب الوصية وإن لم يوص فعلى ورثته أن يردوا المال على ورثة الميت الأول وليس عليهم ذلك، وقال بعض : لا يردوا على الورثة شيئاً ولكن يدفعونها لمن يحج عنه ، وهذا القول على قول من جوَّز للأجير أن يصرفها حيث شاء ويلزمه زكاة ذلك المال ويجب عليه أن يحج ، وإن مات قبل أن يحج فليوص به ولا يرد المال ، ومنهم من يقول : لا يصنع في المال شيئاً إلا مقدار عناه ، وقال بعض : ليس له في الوصية شيء حتى يحج لأن الحج لا يصح إلا بتمامه ، وقد ذكرنا هذا في بابه .

وفي الأثر : وإذا أخذ الوصي وصية الحج من الورثة فلا يردوها له إن طلب ذلك إليهم وإن ردوها فهم ضامنون حتى تصل ، ومنهم من يرخص أن يردوها له إذا طلب ذلك إليهم ما دام الشيء الذي أعطوه قائماً بعينه ، فإن هلك ما أعطوه ثم ردَّ لهم غير ذلك الشيء لا يردوها له ، والأصل في المسألة إنما لا يجوز لهم الرجوع لئلا يدخل عليهم التضييع فيضمنوا ، والله أعلم . ولا ينبغي للعاقل أن يأخذ وصية غيره لأنه أجير لغيره ، وهو من الذين قيل فيهم : أنه لا يبارك في أرزاقهم .

قوله : فلا يردوها ، أي فلا يقبلوها منه .

وفي الأثر: والورثة إذا أرادوا أن يدفعوا وصية الحج فليقولوا له: هذه وصية فلان قد دفعناها لك على أن تحج عنه أن تحرم من الميقات وتقف بعرفات وتطوف طواف الواجب وتفعل في مناسكك كما يفعل المسلمون في مناسكهم وتجتنب فيه ما يجتنبون، ومنهم من يقول: يقولون له هذه وصية فلان وارثنا قد دفعناها لك على أن تحج عنه وتفعل في مناسكك ما يفعله المسلمون في مناسكهم وتجتنب فيهم ما يجتنب المسلمون، ولا يحتاجون إلى أن يقولوا له: أن تحرم من الميقات وتقف بعرفات وتطوف طواف الواجب، وإن دفعوها له على هذا الشرط فقبلها فقد لزمه أن يأتي بها على حسبها ولا يجوز له أن يضيّعها لأنها أمانة في عنقه يسأل عنها يوم القيامة، ومن أخذ وصية الحج فلا يتمتع بالعمرة إلى الحج ولا يقرنهما إلا إن أخذها على ذلك، ومن أخذ وصية الحج فأحرم فانتقض عليه فإنه إن أصاب في تلك السنة ما يعيد فيه الإحرام ويتم حجه فليفعل، وإن لم يجد فليحج من قابل ولا يحتاج في ذلك إلى إذن

قوله: فإنه إن أصاب في تلك السنة الخ. هذا مخالف لما ذكره الشيخ إسماعيل رحمه الله من أنه إذا فسد عليه حجه أتمه وأهدى بدنة وأعاده من قابل بإجماع، وهذا الذي ذكره المصنف رحمه الله منقول من الديوان وهو غير ظاهر والله أعلم.

الورثة لأن هذا عليه واجب ، ومن أخذ وصية الحج فتمتع بغير إذن الورثة ، منهم من يقول : يجزيه ، ومنهم من يقول : لا يجزيه ، وذلك فيما عندي لأنه فعل ما لم يؤمر به فخالف ، وعلى القول الأول جائز كما للحي ، والله أعلم . وإنما يلبي الوصي على الميت ولا يلبي على نفسه ، يقول : اللهم لبيك على فلان بن فلانة ، وإن لم يعرف اسم أمه يقول : اللهم لبيك على فلان بن فلان ، وإن تشاكل عليه اسم أبويه جميعاً فليقل على فلان هكذا ويعني الموصي ، وإن تشاكل عليه اسم الموصي فليلبِّ على صاحب الوصية هكذا ويعنيه في نفسه ، وإن لبّى على نفسه ولم يلبِّ على الميت من بدء إحرامه إلى آخره فلا يجزيه للميت ويجزيه لنفسه ويعيد على الميت من قابل ، وإن لبّى على الوصي أولاً في بدء إحرامه ثم رجع فلبّى على نفسه بالعمد أو الخطأ فقد أجزأته تلبيته الأولى على الميت، والله أعلم .

وفي الأثر : ومن تطوّع على الميت فنفذ وصاياه من ماله دون مال الميت من حج أو عمرة أو صدقة أو ما أشبه ذلك فقد أجزأ ذلك عن الميت والورثة والخليفة إذا لم يجعل نواه على أن يأخذ منهم فليعطوه مثل ما يعطى لغيره في الذي نفذ فيما بينه وبين الله ولا يدرك ذلك عليهم في الحكم ، ولا يجوز لخليفة الميت على وصية الحج أن يحج عنه بنفسه ويمسك

الوصية إلا إن أمره الميت بذلك أو الورثة ، ومنهم من يقول : يجوز له ذلك لأنه في مقامه ، وأما الورثة فجائز لمن أراد منهم أن يحج على وارثهم ويمسك تلك الوصية لأنهم في مقام وارثهم فيجب عليهم إنفاذها ، وإن حجَّ عنه أحدهم بنفسه فقد أجزأ عنه لقوله عليه السلام : (حين سألوه أنحج عن أبوينا ؟ قال نعم : حجوا عنهم)[1] ، وإن حج عن الميت اثنان من الورثة فإنما ينظرون إلى من أحرم منهما أولاً فتصح له الوصية .

وفي الأثر : وإن أوصى ببستان أو ما أشبهه فقال لورثته : من حج منكم عني فليأخذ هذا البستان أو غير البستان فذلك جائز ، فمن حج منهم عنه أخذه وإن تسارعوا إليه فليتفقوا فيما بينهم ، وإن اتفقوا على واحد منهم أن يحج عنه فجائز ، ويأخذ ذلك إن وسعه الثلث ولا يكون ذلك مثل الوصية ولكنه إجارة ولا ينظر فيه إلى عناه حين وسعه الثلث ، والوصية بالعمرة مثل ما ذكرنا في وصية الحج في فرضها ومن تدفع له وفي المكان الذي تدفع منه وكيف يعطونها ومساومتها والشركة فيها والإعانة بها ، إلا أنها تقع في كل وقت ليست مثل الحج في ذلك ، والحج لا يقع إلا في أيامه ومشاهده والله أعلم .

---

(١) تقدم ذكره .

باب الوصية بالعتق

والوصية بالعتق جائزة، أصلها سائر الوصايا، وفي الأثر: وإذا أوصى لرجل بعشرين ديناراً للعتق فمات، فوجد الورثة رقبة سالمة بعشرة دنانير فلا يعتقونها ولكن ليعتقوا رقبة سالمة يساوي ثمنها عشرين ديناراً من غير نقصان، والفرق بين هذه المسألة ومسألة الوصية بعشرين ديناراً للحج الاختلاف الموجود بين رقبة تساوي عشرين ورقبة تساوي عشرة وليس كذلك الحج، أعني الحج لا يختلف في نفسه لاختلاف الأجرة عليه من القلة والكثرة، والله أعلم. وكذلك إن أوصى بعشرين ديناراً ليعتق بها عنه رقبة فلا يعتقوا عنـــه إلا رقبة يكون ثمنها عشرون بلا نقصان كما أوصى.

وفي الأثر: وإن أعتقوا بما دون ذلك ثم أعطوا البقية للمعتوق فلا بأس بذلك والله أعلم. وإن أوصى بعشرين ديناراً أن يعتق منهم عنه

فما وجدوا به رقبة سالمة فيعتقونها عنه ويأكلون البقية لأنه إنما أوصى أن يعتق منهم ، ومن في كلام العرب تأتي للتبعيض كما ذكرنا قبل هذا في باب الوصية بالحج والله أعلم . وإن أوصى أن يعتق عنه خادم له فلانة فمات فضيع الورثة ولم يعتقوها حتى ماتت فعليهم أن يعتقوا مثلها ، لأنهم ضيعوا فلزمهم مثلها لعلة التضييع ، وإن حدث بها عيب لم يجزهِ العتق ، وقد يرجى برؤه ، فقد ذكر في الأثر : أن ينتظروها حتى تبرأ ، وأما العيب الذي كان معها في حياة الميت فيعتقوها معه ، وإن كان ممن لا يجزى في العتق فليس عليهم غير ذلك إذا كان فيها قبل الوصية لأن الميت أمرهم بذلك ، وكذلك إن ماتت قبل موت الميت أو استحقت قبل موته أو بعد موته فليس عليهم عتق غيرها ، لأن الميت أمرهم أن يعتقوا ما لا يملك في باب الاستحقاق ، وكذلك موتها قبل الميت ليس عليهم ضمان لأنهم لم يضيعوا ، والله أعلم . وإن أعتق تلك الخادم الوارث عن نفسه في دين كان عليه فعتقه إياها جائز ، وتجزي عنه في دينه ويكون عليه ضمان الوصية أن يعتق رقبة مثلها سالمة ويكون ولاؤها للورثة وولاء الأولى له دونهم ، فهذا لأن الخادم ما لم يعتقوها عن الميت لهم وإنما عليهم ان يفعلوا ما أمروا ، وليس موت الميت مما تعتق به ، ولكن عليهم ان يعتقوها كما أمروا بعد موته ، فإن لم يفعلوا لم يمتثلوا ما أمروا به ولا

تخرج حرّة إلا إن اعتقوها كما ذكرنا ، فإن قال قائل : فعلى هذا المعنى إذاً إن باعها أو وهبها فبيعه وهبته جائزة وعليه ضمان الوصية ، قيل له : نعم ، ولكن عليه ان يطلبها حتى يشتريها فيعتقها عن الميت، وإن أعتقت في يد الآخر أو ماتت أو حدث بها عيب لم يجزه العتق فيعتق مكانها أخرى ، وإن هربت منه أو غصبت فليطلبها وينتظر قدومها ويعتقها ، وإن هلكت بالموت أو حدث فيها العيب الذي ذكرناه فليعتق غيرها ، وإن أعتقها هناك فعتقه جائز ، ولكن إذا دخلت يده قبل موتها أجزأت عنه،وإنماتت هناك فيعتق غيرها، لأن عتق الآبقأو المغصوب لا يجزي عن الدين كما لا يجوز بيعه والتصرف فيه ، وإن رجعت إليه وقد حدث فيها عيب لم يجز معه العتق أجزأت عنه إذا كان حدوث العيب بعد العتق والله أعلم . وإن أوصى بعشرين ديناراً أن يعتق بها عنه عبد فلان وهو معروف فليعتقوه عنه مع العيب الذي كان فيه في حياة الميت ، وإن كان ممن لا يجزي في العتق ، وإن كان العيب بعد موت الموصي فلينتظروا برأه ، وإن كان ممن لا يبرأ فيعتقوا غيره ، وإن مات العبد قبل موت الموصي أو خرج حراً فليعتقوا غيره ، لأن الوصية في هذه المسألة إنما

قوله : إذا باعها أو وهبها ، أي الوارث .

قوله : لا يجزي عن الدين ، يعني لا يتيقن فيه براءة الذمة .

وقعت على الدنانير ثم أمرهم بعد ذلك أن يعتقوا بها عنه عبد فلان فلا تبطل الوصية لموت العبد ولا لغير ذلك من الوجوه ، وإن غاب العبد ثم جاءهم خبر موته كما يموت غيره من الغياب في ظاهر الأحكام فليعتقوا غيره ، وإن قدم بعد ما أعتقوا غيره فلا شيء عليهم لأنهم لم يضيعوا وعملوا بالعلم ما علموا ، ومنهم من يقول : عليهم أن يعتقوه وإن أعتقوا الأول ، فهذا منهم يدل على أن الخطأ لا يزيل الضمان وإنما يحط الإثم لا غير ، وعلى القول الأول حين أمروا بعتق غيره ففعلوا ما أمروا به صح فعلهم ، لأنهم كيف يؤمرون بفعل يكون إن لم يمتثلوا عصوا ، وإن امتثلوا لم يخرجوا من الوجوب فصح الفعل لوجوب الأمر والله أعلم . وكذلك على هذا الاختلاف جميع ما أوصى به الميت إذا كان معيناً لوجه كذا وكذا من وصيته إذا تلفت من غير تضييع من الورثة ثم وجده بعد ما أنفذوا الوصية من غيره والله أعلم . وكذلك إن اشترى الورثة الخادم التي أوصى بها الميت وهي ذات رحم محرم من الميت بالنسب فلا تخرج بالميت بعد موته وتجزي عنه في العتق ، وأما إن كانت ذات رحم محرم من أحد الورثة بالنسب فإنها تخرج حرة مع الشراء ولا تجزي عن الميت ويكون ضمانها على الذي خرجت به ، سواء اشتراها بنفسه أو

قوله : لوجوب الأمر ، في نسخة لوجود ، أي لوجوب امتثال الأمر .

اشتراها غيره من الورثة أو الخليفة فإنما تخرج حرة به فيلزمه ضمانها ، ولا تخرج حرة إذا كانت ذات رحم محرم بالنسب من الخليفة إذا كان من غير الورثة ، ولكن إذا أراد الورثة أن يعتقوها عن الميت وهي ذات رحم محرم بالنسب من أحدهم فليطلبوا مولاها أن يعتقها عن الميت ثم يعطوه ثمنها بعد ذلك ، فإن أبى عليهم فينووون شراءهم فيها هو عتقها عن الميت فتخرج عن الميت في وصيته والله أعلم . وإن اشترى هذه الخادم التي أوصى بها الميت واحد من الورثة ثم أعتقها في دين كان عليه هو لنفسه أجزأ عنه ويكون عليه ضمان الوصية لأنها ماله ما لم يعتقها وما ولدت بعد شرائه إياها وقبل عتقه لها فهم له عبيد ، وإذا تسراها فيثبت نسب أولاده معها ، وبالجملة فهي له ما لم يعتقها عن الميت والله أعلم. وإن أوصى الميت بعتق رقبة ولم يسم شيئاً فأعتق الخليفة من الخدام التي ترك الميت فعتقه جائز عن الورثة ولو كانت كثيرة الثمن ما لم يجاوز الثلث ، وما جاوز الثلث فهو له ضامن ويكون عتقه جائزاً ، وكذلك عليه ضمان غيرها من وصايا الميت فيما يقابل ثلث ماله منها. ولكن لا يجوز للخليفة أن يعتمد ضرر الورثة لغير حاجة ، وإن أعتق الخليفة من خدم الورثة وليست من الخدم التي تركها الميت لم يجز عتقه إياها لأنه لم يستخلف على غير ما تركه الميت ، وإن أعتق الخليفةُ الطفلَ عن الميت كان عليه نفقته

حتى يبلغ دون الورثة لأنه لم يؤمر بذلك،وإن كان الميت هو الذي أوصى بعتقه كانت نفقته على الورثة دون الخليفة ، وما أعتقه الميت في مرضه ففيه اختلاف بين العلماء ، قال بعضهم : هو من الثلث ، وذلك عندهم لأن المريض كالمحجور عليه ماله فلا يجوز له فيه غير الثلث فيكون عتقه من الثلث ، وقال آخرون : هو من جميع المال إذا كان عتقه في حياته ، وكذلك أيضاً إن أمر رجلاً أن يعتق عبده في صحة منه ولم يعتقه المأمور إلا بعد ما مرض الآمر ، وكذلك أيضاً إن علّق عتق عبيده إلى وقت معلوم أو إلى مشيئة فلان أو إلى قدوم فلان ، فكان ذلك في مرض السيد فقد خرج العبيد أحراراً ويستسعون بما فوق الثلث على قول من جعل العتق من الثلث أعني عتق المريض ، وإن أعتقه في مرضه وقد أحاطت الديون بماله فإنه قد ذكر في هذه المسألة أبو عبد الله في كتابه أو ما هو في معناها عن بعضهم أن العتق ماضٍ ويسعى بثلثي قيمته للغرماء وهو قول موسى بن علي ، وقال بعضهم : العتق ماضٍ ويسعى بقيمته للغرماء ، وقال محمد بن محبوب : العتق باطل لأن العبد مستحق بالدين ، وهذا هو القول عندنا لأن الدين فرض والوصية تطوّع ، والذي يعجبني في هذا

قوله : والذي يعجبني الخ . هذا هو الذي جزم به في الديوان ، ثم قال : وقيل غير ذلك .

قول من قال : يسعى بقيمته للغرماء لما فيه من الاحتياط بين العتق ودين الغرماء والله أعلم . وقد ذكر أيضاً أبو عبد الله محمد بن بركة في كتابه : وأجمعوا أنه لو أعتقه في صحته وعليه دين يحيط بثمن العبد أن العتق ماضٍ لأن الدين في حال الصحة متعلق بالذمة ، وإذا زالت الذمة انتقل إلى التركة ، وأجمعوا أنه لو أعتقه وقد حكم عليه الحاكم بالدين للغرماء وحجر عليه الحاكم ماله أن عتقه باطل ، واختلفوا فيه إذا أعتقه وقد حكم عليه الحاكم بالدين وليس في ماله وفاء بما عليه وأعتقه قبل الحجر ، قال بعضهم : عتقه ماضٍ ما لم يحجر عليه الحاكم ، وقال بعضهم : عتقه باطل ، والنظر يوجب عتقه ما لم يحجر عليه الحاكم لأن له التصرف في ماله وإخراجه من يده قبل الحجر والله أعلم .

وفي الأثر : وإن أوصى أن تعتق عليه رقبة في منزل معلوم فجائز ويعتقونها عليه في ذلك المنزل ، وكذلك إن أوصى بجنس معلوم أن يعتقوه عليه على هذا الحال ، فإن أعتقوا عليه من غير ذلك الجنس أو في غير ذلك المنزل فجائز ، ومنهم من يقول : إن أعتقوا من غير ذلك الجنس فلا تجزيهم ، وهذا القول عندي أصح غير أن بني آدم كلهم جنس واحد والله أعلم .

وفي الأثر : وإن أوصى بعتق هذا العبد فمات فقد خرج حراً ولو

لم يعتقه الورثة ، ومنهم من يقول : لا يعتق حتى يعتقه الورثة ، وأما إن أوصى أن يعتق عليه هذا العبد فلا يعتق حتى يعتقوه ، وإن ضيعوه أو لم يعتقوه حتى مات فهم ضامنون لقيمته إن وسعه الثلث . وإن كانت أمة فولدت قبل أن يعتقوها فولدها عبد، وأحكامها أحكام الأمة ما لم يعتقوها وغلاتها كلها لهم وعليهم جناء ما يلزمها فيما دون قيمتها وأفعالهم فيها كلها في كل ما لم يخرجها من الملك جائزة لهم مثـــل التزويج والظهار عليها والطلاق والتسري والعارية أو الخدمة ، فإن استمسكت بهم على أن يعتقوها فلا يجبرهم الحاكم على ذلك ، ومنهم من يقول : يجبرهم ، وذلك فيما يوجبه لتعلق حق الأمة في ذلك ، وعلى القول الأول يلزمهم فيما بينهم وبين الله كسائر الفرائض فلا جبر عليهم ، ولكن يؤمرون بذلك والله أعلم . وإن أوصى لعبده بالمال فليس في ذلك شيء على قول بعضهم لأنه بعد موته للورثة ولا وصية لوارث ، ومنهم من يقول : ذلك جائز ، وإن كان ما أوصى به قدر قيمته فقد خرج حراً وإن كان أقل من قيمته فقد عتق أيضاً ويستسعي بما بقي من قيمته ، وجعلوا ذلك بمنزلة من أوصى له بنفسه لأنه ماله والله أعلم . وإن أوصى بعتق رقبة قد كان له فيها نصيب فلا

قوله : ذلك جائز ، الظاهر أن هذا مبني على القول بأن الوصية للعبد يملكها العبد وليست للسيد .

يعتقها الورثة إلا إن ملكوها كلها وإن لم يجدوها فليشتروها لأن في ذلك فساد الأموال ودخول المضرّة على الشركاء ، ومن فعل ذلك متعمداً فقد عصى ربه وضمن لشركائه قيمة أنصبائهم كما قال عليه السلام : (من أعتق شقصاً في عبد قوّم عليه)(١) والله أعلم .

وفي الأثر :وإن كان عنده عبد وأمة فأوصى بعتق واحد من عبيده فليعتقوا عنه من أرادوا منهما، وإن قال: أعتقت واحداً من عبيدي ولم يسمه فقد خرجا أحراراً ويستسعيان ، لعله أراد بقيمة كل واحد منهما .

وفي الأثر : ومن مات وترك أم ولده وقد ترك معها ولداً فإن فيها أقاويل ؛ من العلماء من يقول : خرجت حرة من جميع المال ، ومنهم من يقول : خرجت من الثلث ، ومنهم من يقول : خرجت من نصيب ابنها ولا يضمن أكثر من نصيبه من الميراث ، ومنهم من يقول : يضمن أكثر من نصيبه للورثة ، ومنهم من يقول : تستسعى بقيمتها للورثة إلا ما ينوب ابنها ، ومنهم من يقول : يأخذ غيره من الورثة

قوله : لعله أراد ، الظاهر أنه أراد لنصف قيمتهما ، لأنه قد يكون بينهما التفاوت كما هو ظاهر والله أعلم .

قوله : خرجت من الثلث ، ينظر ما الحكم إذا لم يسمها الثلث .

---

(١) تقدم ذكره .

من المال ما ينوبهم من قيمتها ويقتسمون القيمة ، وقد اتفقوا جميعاً أنها حرة ، لكن اختلافهم هل هي حرة من جميع المال أو من الثلث ؟ أو هل يضمن من خرجت به للورثة أو لا ؟ والذي يوجبه النظر أن من قال : أنها حرة من جميع المال يؤول إلى قول من قال : ان أم الولد حرة لأنها لا تباع لورود النهي في ذلك ، ومن قال : حرة من الثلث ، فلأنها عتق بعد الموت أصله سائر الوصايا ، ومن قال: بتضمين ابنها للورثة ، فلأنها خرجت بسببه ، ومن قال : تستسعى بقيمتها للورثة ، فلأن ابنها لم يكن منه فعل يجب عليه فيه ضمان والله أعلم .

فصــــل

وإذا دبَّر الرجل عبده إلى موته أو إلى موت عبده أو موت غيرهم فهو تدبير جائز ، وفي كتاب أبي عبد الله : واختلفوا في التدبير في حال

قوله : ان أم الولد حرة الخ . المناسب إسقاط قوله حرة ، فيقول مثلاً : ان أم الولد لا تباع الخ .

فصــــل

قوله : أو إلى موت، ذلك يعني فلا يجد إلى بيعه سبيلاً، ويجعل مع الأحرار عند المصلى مثلاً ، وانظر هل له في هذا التدبير أجر .

الصحة ، فقال أكثرهم : التدبير في الصحة من رأس المال ، والتدبير في المرض من ثلث المال ، وقال آخرون: تدبير الصحة والمرض من الثلث، وهذا أنظر لأن العتق يقـــع بالموت ، ألا ترى أن الوصية في الصحة والمرض ترجع إلى الثلث والعتق مثله والله أعلم ؛ ولا يجوز بيع المدبر ولا هبته ، وفي كتاب أبي عبد الله أيضاً : اختلف أصحابنا في بيع المدبر، قال بعضهم : جائز في العتق وثبوت الرق عليه ، والتدبير عتق بصفة ما لم تقع الصفة ، فالرق ثابت والبيع جائز ، وقال آخرون : لا يجوز بيع إلا للعتق ويجوز بيعه عند هؤلاء في الدّين ويكون في المصر الذي يكون فيه المدبر عليه ، وقال بعضهم : لا يجوز بيع المدبر على كل حال لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾[1] ، وهذا عقد عقده المدبر على نفسه وفيه حقان : أحدهما للمدبر ، والآخر لله تبارك وتعالى ، والصحيح لا يجوز بيع المدبر لأنه بيع غرر ولأنه لا يدري كم يعيش هذا الذي دبره إلا إن باع خدمته من نفسه فإنه ليس بين العبد وسيده رباً ، والأمة إذا دبرها سيدها وهي حاملة فهي مدبرة مع ما في بطنها لأنه تبع

قوله : لأنه بيع غرر الخ. هذا ظاهر إذا لم يكن لتنجيز العتق وهو الظاهر ، أما في المنع من الضرر بالعبد في هذه الصورة والله أعلم .

---

(١) تقدم ذكرها .

لأمه ولو وضعته قبل موته ، وما ولدته بعد ذلك فهو عبد إلا ما كان في بطنها عند وقوع العتق فهو حر مثلها ، وإن دبرها قبل موته بمدة معلومة أو قبل موتها هي أو قبل موت غيرهما من الناس فهو جائز ، وكذلك إن دبرها بعد موته بمدة معلومة أو بعد موتها أو بعد موت رجل آخر غيرهما، وكذلك إن دبرها إلى موته أو إلى موتها أو إلى موت رجل آخر غيرهما فجائز ، لأن التدبير عتق بصفة ، وأصله أن يكون دبر الحياة ، والذي قلنا في جميع ما ذكرناه قبل الموت أو بعد الموت لمدة معلومة ، وأما إن دبرها قبل موته أو قبل موتها أو قبل موت غيرهما لغير مدة خرجت حرة عند تمام كلامه ، وكذلك إن دبرها بعد موته أو بعد موتها ، وكذلك إن دبرها بعد موته بلا مدة والله أعلم . وحكم المدبرة حكم الأمة ما لم تخرج بالتدبير .

وفي الأثر : قلت لأبي المورج : هل يطأ الرجل مدبرته ؟ قال : لا بأس بذلك،وقال:وكذلك حدّثني وائل ومحبوب عن الربيع وأخبرني أبو غسان أنه لا بأس أن يطأ الرجل مدبرته ، وقال ابن عبد العزيز : ليس بين الفقهاء ممن خالفناه ووافقناه في هذا اختلاف ، إنما اختلاف منا ومنهم في وطء مكاتبته هم يوسعون له ذلك ويجيزونه له لأنها عندهم أمة،

قوله : بعد موته ، أي إلى موته .

وكذلك المدبرة أيضاً هي عندهم أمة كما هي عندنا يجوز له وطؤها ، وقلنا نحن : لا يجوز له وطء مكاتبته ويجوز له وطء مدبرته ، لأن مدبرته أمة ولأن المكاتبة حرة لا يجوز له وطؤها، ولا يجوز لأحد الرجوع في مدبرته لأنه عتق بصفة لا يجوز الرجوع فيه ، وفي بعض الآثار : سألت أبا المورج عن رجل قال : إن مت في مرضي هـذا فغلامي حر لوجه الله ، قال : لم يرجع فيه إن شاء ، قال ابن عبد العزيز : ليس هو مثل إن مت فغلامي حر لأنه لا يستطيع أن يرد هذا ، وأما إن قال : إن مت في مرضي فلم يمت في مرضه فهو غلامه يرجع في ماله ، قلت : فالمدبرة تلد في تدبيرها ، قال أبو المورج : حدثني أبو عبيدة أن كل ما ولدت المدبرة في حياة سيدها الذي دبرها فهم عبيد ، وما ولدت بعد موته فهم أحرار ، لأنها إنما ولدتهم بعد ما خرجت حرة ، وكذلك قال عبد الله : وروي إلى محبوب عن الربيع ليس بينهم في ذلك اختلاف ، قلت لابن عبد العزيز : هؤلاء يقولون ويروون عن فقهائهم أن أولاد المدبرة يرقون برقها ، ويعتقون بعتقها ، قال لي : فمتى يجب للمدبرة عتق ؟ قلت : بعد موت سيدها ، قال : أليس هي أمة ما لم يمت سيدها ؟ قلت : بلى . : فأولادها قبل أن يجب لها عتق ما منزلتهم؟ قلت : يرقون برقها ، فإذا مات سيدها يعتقون بعتقها ، قال : كيف يكون ذلك ولم يدبرهم المولى ولم

يجعل ذلك لهم كما جعله لأمهم ، وإنما قال للأمة : إذا أنا متُّ فأنت حرة ، فتجعل هذا القول منه تدبيراً لولدها وهو لم يفعل ذلك لهم ليس هذا من قول أحد يفعل ، قلت له : مثّل لي قولكم في المدبرة مثلاً أحتذي عليه وأقوى به وفرّقه لي فرقاً حسناً واضحاً ، وقس لي ما فيه قياساً بيِّناً ، قال : نعم ، قد كفانا ذلك الشيخ أبو عبيدة ، قلت : وقد قال في ذلك قولاً ، وقد قاس فيه قياساً بيِّناً واضحاً ، قال : نعم ، قلت : وما هو ؟ قال : سألهم عن رجل جعل نخلاً له بعد موته في سبيل الله ، هل له أن يأكل من رطبها وبسْرها ويبيع منها ويهب منها في حياته ويغرس من فسيلها في أرض أخرى ؟ قلت : وما عسى أن يقولوا إلا ان له ذلك ، قال : فإذا قالوا ذلك فما الذي بقي في أيديهم ؟ كذلك إن قلنا أن كل ما ولدت المدبرة فهم عبيد له يستخدم ويبيع ويهب ، فإذا مات فالأم التي جعل لها ذلك حرة ، وما بقي من ولدها فهم له كما للرجل الذي جعل نخلاً بعد موته في سبيل الله ، يأكل من رطبها وبسرها وتمرها والانتفاع بها في حياته والغروس منها في أرضه ، فإن مات وقد أعهد من ذلك مالاً فهو لورثته ، والنخل في سبيل الله كما جعلها ، قلت : قد أوضح المسـألة وأغاص في الطلب ، سألت أبا المورج عن المدبرة هل تباع ؟ قال : نعم

قوله : فهم عبيد ، يعني إلا من كانت حاملاً به وقت التدبير كما تقدم .

إن شاء باعها ، وكذلك قال لي وائل ومحبوب ، ولا أدري أرفعاها إلى الربيع أم رأي منهما ، ولا أدري أرفع ذلك أبو المورج إلى أبي عبيدة في بيع خدمة المدبرة أم رأي منه ، قال ابن عبدالعزيز : لا تأخذ هذا من قولهم رفعوه إلى من ذكرته أم لم يرفعوه ، لأن هذا من الغرر ، لا ندري كم يعيش هذا الذي دبره أيطول أم يقصر ولا يجوز الغرر ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر ، قال ابن عبد العزيز : إن شاء باع خدمته من نفسه فإنه ليس بين العبد والسيد رباً لأنه عبده، فلا رباً بين العبد وبين مولاه إن شاء آجره شهراً بشهر أو يوماً بيوم أو سنة بسنة ، قلت لأبي المورج : فالرجل يدبر مملوكه هل له أن يكاتبه ؟ قال : نعم إن شاء ، قال ابن عبد العزيز : إن فعل ذلك وكاتبه ، فإذا مات قبل موت السيد فهو حر ، وإن مات السيد قبل أن يؤدي كتابته فهو حر لتدبيره إياه ، قلت لابن عبدالعزيز : فالرجل يكاتب غلامه ثم يدبره، قال : ما أحسبك تعقل ما أقول لك ، قلت : لم ؟ قال : ألم أقل لك إن المسألة الواحدة من قولنا في المكاتبة تدلك على ما سواها من المسائل ، وعلمتك أن المكاتب عندنا في جميع حالاته حر ليس تدبيره بعد المكاتبة بشيء ، وهو رجل حر يطالب بما عليه من المكاتبة كما يطلب الغريم غريمه ولا تدبير ها هنا ، ولكن

قوله : فهو حر ، أي هو حر ، أدّى أو لم يؤد .

أحسبك رجلاً رويت فقه المخالفين لنا في المكاتبة وعرفت أقاويلهم في جميع ما فعل المكاتب فيه عبداً فأنت تدخل علينا مسائلهم لنجيبك بالذي عرفت من قولهم ، وإن دبرها قبل موته أو قبل موتها فلا يجوز له أن يتسراها لئلا يطأها بعد ما خرجت حرة وهو لا يشعر ، وكذلك أيضاً إن دبرها قبل موته بأجل مسمى فعليه أن يوصي لها بقيمة خدمتها إلى ذلك الأجل لعله الذي استخدمها فيه ، وإن قتلت وعاش مولاها حتى جاوز الأجل الذي سمي لتدبيرها فيكون حكمها حكم الأمة ، وإن مات قبل تمامه فيكون حكمها حكم الحراير فيقتل بها قاتلها إن قتلها عمداً ، وكذلك جميع أحكامها في الجراحات والقتل والقذف وما أشبه ذلك مما يختلف فيه حكم الحرة والأمة ، والله أعلم .

وفي الأثر : وإذا دبر الرجل عبده ثم قُتل العبد فأخذ مولاه قيمته فليشتر بها غيره فيدبره بها ، وإذا اشترى مثله فدبره مكانه فبقي من ثمنه فيدبر به غيره ، ومنهم من يرخص : أن يأكله ، وقيل غير ذلك من الرخصة ، فهذا يدل من قولهم أن قيمته بمنزلته كما كانت العين مدبرة ، فكذلك قيمتها قياساً عليها كما جاء في الحديث (لعن الله اليهود حرمت

قوله : عرفت من قولهم ، يعني مع أنّا لا نجيبك إلا بما عليه أهل مذهبنا .

عليهم الشحوم فجملوها فباعوها وأكلوا أثمانها)[١] ، وقاس الثمن على المثمن ، غير أن لقائل أن يقول : ان الشحوم محرمة العين ، فلذلك ساغ فيها ذلك ، والمدبر حلال خدمته لأنه عبد ما لم يقع العتق بصفة فكانت قيمته مقابلة لخدمته ، لأنه إنما يقوم على أنه مدبر ، وهذا فرق بيّن لمن تدبره ، والله أعلم . وكذلك أيضاً إن قطع عضو من أعضائه فأخذ قيمته فليدبر بها غيره ولا يأكلها ، ورخص بعضهم في أكلها ، وأما قيمة الجروح فإنه يأكلها فلا بأس والله أعلم . والعبد المدبر إذا قَتل مولاه الذي دبره فإنه يخرج حراً ويقتله الورثة إذا أرادوا ، وقال بعضهم : بإبطال التدبير إذا وقع القتل من قبله قياساً على قاتل وليه ليرثه إن ماله يحرم عليه ، وكذلك الموصى له إذ قتل الموصي على هذا الاختلاف ، أعني هل تبطل الوصية أم لا ؟ والله أعلم . وإذا كان العبد بين رجلين أو ثلاثة فدبروه إلى موتهم جميعاً ، فلا يخرج حراً حتى يموت الآخر منهم

قوله : مقابل لخدمته ، هذا ظاهر إذا كان الأجل معلوماً ، وأما إذا كان إلى الموت فينظر كيف تقوّم خدمته ، وأما الذات فلا تصرف له فيها .

قوله : على أنه مدبر ، يعني وقيمته حينئذ ناقصة مغايرة والله أعلم .

« تمت الحاشيـــة »

---

(١) تقدم ذكره .

لأنه مدبر لموتهم جميعاً ، وإن دبره كل واحد منهم خاصة فليخرج حراً عند موت الأول منهم ، والله أعلم .

مسألة في صفة التدبير :

والتدبير أن يقول الرجل لعبده : أنت مدبر في حياتي حراً بعد موتي ، فيكون حراً على هذا الحال بعد الموت ، وكذلك إن قال له : أنت مدبر هكذا إلى وقت كذا ، فذلك كله تدبير ، ويكون التدبير قبل الموت إلى أجل معلوم ، ويكون بعد الموت أيضاً إلى أجل معلوم ، ويكون أيضاً مع الموت ، والله أعلم . والتدبير عند العلماء في الرقيق كلهم صغيرهم وكبيرهم ، موحدهم ومشركهم ، ولا يجوز التدبير إلا لمن يجوز له العتق ، ولا يجوز له في رقبة له فيها شريك إلا بإذن الشريك لأنه ضرر ، والتدبير يكون في الصحة والمرض جميعاً ما دام الإنسان عاقلاً ، ويكون إلى أجل وإلى موت كل ذي روح من بني آدم أو غيرهم مثل الأشجار والنبات وما أشبه ذلك مما تنسب إليه الحياة في مجاز اللغة وليس بحيّ في الحقيقة ، وفي ذلك اختلاف ، فمنهم من يقول : إن التدبير معلق إلى موت هؤلاء كلهم على ما جوزه اللغة ، ومنهم من يقول : هو حر في حينه ذلك وإن دبره إلى أوقات مجهولات ، مثل مجيء المطر أو الرياح أو ما أشبه ذلك ، فقد خرج حراً إذا جاء المطر أو الريح علم

به أو لم يعلم ، وإن علق التدبير إلى أوقات قد مضت أو إلى موت من قد مات فهو حر في ذلك ، وإن دبره إلى الصيف أو إلى الشتاء أو إلى الحرث أو إلى الحصاد فجائز ، وإن دبره إلى قدوم المسافرين أو إلى ولادة المرأة فجائز ، وإن لم يقدم المسافرون أو سقطت المرأة فلم تلد فلا يخرج حراً ، والإمارة في التدبير جائزة ، وإذا قال الرجل لعبده أوصيت لك بنفسك فذلك جائز ويخرج عند موته ، وإن قال : وهبت لك نفسك فيخرج من ساعته .

﴿ تم بحمد الله ﴾

محتويات الجزء الرابع

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
باب الوصية بالحج والعمرة	٥٣٧
مسألة : وإن أوصى بكذا و كذا لمن يحج منهم عنه	٥٤٢
مسألة : وفي الأثر : وإنما يدفع الورثة أو الخليفة وصية الحج من بيت الميت	٥٤٤
مسألة : وإنما ينبغي الورثة أن يدفعوا وصية حج مورثهم	٥٤٥
باب الوصية بالعتق	٥٥١
فصل : وإذا دبّر الرجل عبده الى موته أو الى موت عبده أو موت غيرهم فهو تدبير جائز	٥٦٠
مسألة : في صفة التدبير	٥٦٨

حقوق الطبع محفوظة
لدى وزارة التراث والثقافة
ص.ب : ٦٦٨ - الرمز البريدي : ١١٣ - مسقط - سلطنة عُمان

رقم الإيداع : ٢٠٠٥/٥٧م

المطبعة الشرقية ومكتبتها ٢٤٨١٥٣٣٠